MANUAL DE DERECHO PENAL

PARTE GENERAL

José Hurtado Pozo
- Introducción
- Ley penal
- Teoría del delito
- Tentativa, participación y concursos

Víctor Prado Saldarriaga
- Consecuencias jurídicas del delito

Tomo I

4ta edición

IDEMSA

Primera edición: EDDILI. Lima-1978

MANUAL DE DERECHO PENAL
PARTE GENERAL
TOMO I

Cuarta Edición: Lima - agosto de 2011
Derechos reservados conforme a ley

© José Hurtado Pozo

© **IDEMSA**
Importadora y Distribuidora
Editorial Moreno S.A.
Lima: Jr. Contumazá N° 975 Of. 102

e-mail: editorialmoreno@yahoo.es
jml_idemsa@hotmail.com

Lima: Jr. Contumazá N° 975 Of. 102
Tel (01) 427-2128
Tel/fax: (01) 427-9760

Arequipa: Calle San José N° 311 Of. 106
Tel/fax: (054) 28-3366

Cusco: Maruri N° 228 Of. 201
Tel/fax: (084) 24-7575

Hecho el Depósito Legal en la
Biblioteca Nacional del Perú N° 2011-09773
ISBN: 978-612-4037-40-5
Registro del Proyecto Editorial N° 31501000900408

Ejemplares: 1000

Queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier método o forma electrónica, incluyendo el sistema de fotocopia, sin autorización escrita del editor y el autor.

IMPRESO EN PERÚ
PRINTED IN PERU

A Luisa Mercedes y Luis Ángel

Hay ausencias sin retorno
que se pierden en el tiempo,
pero perduran como angustias
en momentos de soledad
Luis Ángel Hurtado Navas "La voz del ausente"

"[La] utopía disciplinaria prevista en el diseño de la penitenciaría, es decir, la reforma del delincuente para convertirlo en ciudadano "útil" evitando al mismo tiempo el uso de la violencia y la crueldad, fue un completo fracaso en el Perú. En lugar de disminuir, el uso de la violencia se incrementó, y el racismo y el autoritarismo se reforzaron con la introducción de la penitenciaría. De ese modo, esta historia ilustrará uno de los rostros -sin duda uno de los más sórdidos- del proceso de modernización en el Perú del siglo XIX".

Carlos Aguirre, La Penitenciaría de Lima y la modernización de la justicia penal en el siglo XIX, en Aldo Panfichi/Felipe Portocarrero S. (editores), Mundos Interiores: Lima 1850 - 1950, p. 344

"Artículo I.- La ley Penal tiene por finalidad la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad. La pena tiene función preventiva y orientación resocializadora. Las medidas de seguridad tienen por objeto la rehabilitación."

Comisión especial revisora del Código Penal, Anteproyecto de Ley de Código Penal. Parte General. Ley N° 27837, Lima 2004, p. 45

PRÓLOGO

La elaboración de esta cuarta edición de nuestro Manual de Derecho Penal, Parte General, resultó urgente tanto por la necesidad de actualizar una obra de esta índole como por las vicisitudes sobrevenidas a la anterior edición. Circunstancias propias a nuestra realidad, caracterizada por la hipertrofia de cambios legislativos y la ligereza con que se tratan los derechos de autor.

La puesta al día de nuestro libro ha sido condicionada, primero, por el desarrollo notorio de los estudios nacionales sobre diversos aspectos de la parte general del Código Penal, influenciados por los trabajos realizados en América Latina y en Europa. Segundo, por la evolución rica e interesante de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema en materia de derechos fundamentales, del derecho penal material y del derecho procesal penal. En particular, los Acuerdos plenarios de las Salas Penales de la Corte Suprema, mediante los cuales se trata de establecer directivas de interpretación y, en consecuencia, de homogenizar los criterios aplicados por los jueces de todas las instancias. Tercero, por los cambios legislativos realizados tanto en la parte general, como en la parte especial del Código Penal. Cuarto, la renovación y el fortalecimiento del marco internacional, concretado sobre todo en las decisiones de las Cortes internacionales.

Tomar en consideración todos estos aspectos nos ha permitido corregir y completar los análisis y propuestas que presentamos en la tercera edición. En esta tarea nos ha sido de gran utilidad nuestra labor de docente e investigador en la Universidad de Fribourg (Suiza). Esto nos ha permitido tanto mantener cierta distancia como tener en cuenta la perspectiva del derecho comparado, factores indispensables para comprender mejor la labor del legislador, de los jueces y penalistas nacionales. Sin embargo, hay que reconocer también que dicho distan-

ciamiento, a pesar de nuestro constante contacto con la realidad peruana, es la causa de las lagunas que tiene con seguridad nuestro estudio.

Esta edición cuenta con la invalorable contribución de Víctor Prado Saldarriaga, distinguido profesor, juez de la Corte Suprema y amigo de larga data, quien, ha tenido a bien asumir un papel esencial en la elaboración de la Cuarta Parte del Manual, dedicada a la presentación y análisis del sistema de las consecuencias jurídicas del delito. Contribución que ha sido facilitada y enriquecida por su participación importante en el actual proceso de reforma del Código Penal. De esta manera, hemos logrado presentar todos los aspectos de la parte general del derecho penal.

Entre las circunstancias que nos son ajenas, debemos destacar el hecho de que, sin nuestra autorización y en violación de nuestros derechos, se puso en circulación una supuesta nueva edición de nuestro Manual. Lo que nos obligó a aclarar y tomar las medidas necesarias, pero también a acelerar la preparación de una nueva verdadera cuarta edición. Si este hecho puede ser indicio de que nuestra obra tiene tanto mérito como para multiplicar su difusión, esperamos que en su nueva versión no sea considerada tan buena como para llegar a ser objeto de semejante tratamiento tan osado como indebido.

Además, también nos ha impulsado a marcar, modestamente, el vigésimo aniversario de la vigencia del Código Penal de 1991. Código que, como siempre sucede en nuestro país, fue objeto, desde casi inmediatamente después de su puesta en vigencia, de modificaciones puntuales y, así mismo, de propuestas para que sea completamente reformado. El resultado de las iniciativas legislativas ha sido la deficiente versión vigente en la actualidad. Esto significa que las orientaciones del Código de 1991 han sido en gran parte desvirtuadas, por lo que resulta necesario proceder, por lo menos, a una actualización que le devuelva cierta coherencia. En esta tarea, nuestra obra puede constituir un aporte aunque austero.

En la elaboración final de esta obra hemos contado con la ayuda valiosa de Fidel Nicolás Mendoza Llamacponcca, abogado y asistente del Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Fribourg, quien además de revisar con detenimiento el fondo y la forma de la obra, ha establecido los índices de materia, de jurisprudencia y de legislación.

Así mismo, debemos manifestar nuestro reconocimiento a la Universidad de Fribourg, donde ejercemos la docencia desde 1982, por hacer posible que, junto con nuestras obligaciones académicas, llevemos a cabo actividades en colaboración

con diversas instituciones académicas relacionadas con el derecho penal peruano, en especial y, en general, con el latinoamericano.

No podemos dejar de recordar, en esta ocasión, a nuestro amigo entrañable Manuel Cerpa Cerpa, quien nos ayudó muchos años a publicar nuestras obras en el Perú. Hasta el último momento, nos alentó para que completáramos el presente Manual. Esta vez, debemos decir gracias a Alfonso Velásquez Reinoso, abogado, por su asesoramiento en la presente edición.

Por último, mi agradecimiento a mi esposa Emperatriz y a nuestras hijas Myrtha y Claudia por brindarme el marco familiar indispensable para llevar a cabo de manera conveniente mis actividades académicas y de investigación.

Fribourg, Julio 2011.

ÍNDICE

Prólogo IX
Abreviaturas XXVII

PRIMERA PARTE: INTRODUCCIÓN 1

§ 1 NOCIONES FUNDAMENTALES 3
I. Generalidades 5
II. Derecho penal 6
1. Terminología 6
2. Derecho penal objetivo y derecho penal subjetivo 7
3. Derecho penal y poder 9
4. Derecho penal material, derecho penal formal y derecho de ejecución penal 10
5. Derecho penal general y derecho penal especial 11
III. Delito 12
1. Delito en sentido formal y sentido material 12
2. Violación de un bien jurídico y violación de un deber de actuar según el orden jurídico 13
a. Introducción 13
b. Noción positivista de bien jurídico 14
c. Bien jurídico como fin de la norma y como categoría sistemática 15
d. Bien jurídico y moral 16
e. Abandono de la noción de bien jurídico 17
f. Bien jurídico y marco constitucional 22
g. Necesidad de la noción de bien jurídico 23

3. Desvalor de la acción y desvalor del resultado 27
IV. Sanción 28
1. Teorías absolutas 29
2. Teorías relativas 30
3. Teorías mixtas 32
4. Medidas de seguridad 37
V. Límites del derecho penal 39
1. Carácter fragmentario y secundario del derecho penal 39
2. Relación entre el derecho penal, derecho administrativo y derecho disciplinario 42
a. Derecho penal administrativo 42
b. Derecho disciplinario 45

§ 2 POLÍTICA CRIMINAL, DOGMÁTICA PENAL Y CRIMINOLOGÍA 49
I. Política criminal 51
II. Dogmática penal 54
III. Criminología 58
1. Biología criminal 59
2. Sociología criminal 60
3. Psicología criminal 62
4. Concepciones mixtas 63
5. Teoría de la estigmatización 63
IV. Política criminal y realidad social 65

§ 3 EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL PERUANO 75
I. Introducción 77
II. Conflicto cultural y conquista española 79
III. Imposición del derecho español 81
IV. Recepción del derecho foráneo en la República 82
V. Pluralismo 84
VI. Evolución de las concepciones legislativas 88
VII. Pluralismo y legislación penal 90
VIII. Evolución de la legislación penal en el Perú 96
1. Proyecto de Código Penal de Manuel Lorenzo de Vidaurre ... 96
2. Código Penal de Santa Cruz 97
3. Código Penal de 1863 98
4. Marco doctrinario y legislativo de la reforma 99

5. Código Penal de 1924 101
a. Fuentes legales 101
b. Factores de la recepción del derecho penal foráneo en el Perú ... 103
c. Enjuiciamiento de la reforma y asimilación del derecho recepcionado 106
d. Concepción de política criminal 109
6. Legislación penal de 1924 a 1979 110
7. Código Penal de 1991 117
a. Presupuestos de la reforma 117
b. Antecedentes de la reforma 119
c. Concepción de política criminal 120
8. Legislación penal de 1991 a 2003 122
9. Legislación penal de 2004 a 2010 125
10. Sentencias y acuerdos plenarios vinculantes 130

SEGUNDA PARTE: LEY PENAL 137

§ 4 PRINCIPIO DE LEGALIDAD 139
I. Introducción 141
II. Orígenes 143
III. Evolución legislativa 146
1. Nivel constitucional e internacional 146
2. Nivel de leyes 148
IV. Fundamentos del principio de legalidad 150
V. No hay delito, no hay pena sin ley escrita 153
1. La ley como fuente del derecho penal 153
a. Noción de ley 153
a.1. Decretos legislativos 155
a.2. Gobiernos autocráticos y los decreto leyes 156
a.3. Decretos supremos y reglamentos 160
b. Noción de delito 162
VI. No hay delito, no hay pena sin ley cierta 163
1. Certeza en la elaboración del tipo legal 164
2. Incertidumbres en que incurre el legislador 165
a. No descripción del delito 165
b. Empleo de cláusulas generales 166
c. Uso de términos vagos 167
d. Defectos de técnica legislativa 169

3. Certeza en la determinación de la sanción penal 170
a. Penas 170
b. Medidas de seguridad 173
VII. El principio de legalidad en la jurisprudencia 177

§ 5 INTERPRETACIÓN DE LA LEY 181
I. Vinculación del juez a la ley 183
II. El derecho como lenguaje 185
III. Noción de interpretación 186
IV. Necesidad de interpretar 188
V. Metas de la interpretación 194
1. Concepción subjetiva 194
2. Concepción objetiva 195
3. Criterio mixto 196
4. Doctrina y jurisprudencia nacionales 198
VI. Métodos de interpretación 199
1. Método literal o gramatical 200
2. Método sistemático 207
3. Método histórico 210
4. Método teleológico 211
5. Jerarquía de los métodos 214
VII. Interpretación declarativa, restrictiva o extensiva 215
VIII. Límites de la interpretación 218
1. Analogía 218
2. Reducción teleológica 224

§ 6 APLICACIÓN DE LA LEY PENAL EN EL ESPACIO 225
I. Derecho penal internacional 227
1. Introducción 227
2. Función 227
3. Poder represivo, jurisdicción, competencia 229
4. Derecho penal material y derecho procesal penal 230
5. Principios del derecho penal internacional 231
6. Legislación nacional 232
II. Principio de territorialidad 235
1. Fuentes y límites 235
2. Territorio 236

3. Lugar de comisión de la infracción 239
a. Diferentes teorías 240
b. Solución legal y su interpretación 241
c. Misiones diplomáticas 243
d. Principio de la matrícula o del pabellón 243
e. Actos de participación 248
III. Principio de la competencia real 250
IV. Principio de la personalidad activa 254
1. Noción y justificación 254
2. Agente nacional 256
3. Identidad de normas 257
4. Entrar en la República 258
5. Factibilidad de extradición 259
V. Principio de la personalidad pasiva 259
VI. Principio de la competencia universal 261
VII. Principio de la administración de justicia por representación 263
VIII. Extradición 264
1. Noción y clases 264
2. Principios 265
3. Etapas del procedimiento 266
4. Formas especiales de extradición 267
a. Condicionada o restringida 267
b. Anticipada o abreviada 268
c. Diferida o temporal 268
d. Concurrencia de extradiciones 269
e. Reextradición 269
5. Improcedencia 269
6. Revocatoria 270
7. Regulación legislativa 271
IX. Aplicación de la ley penal extranjera 275
X. Aplicación de sentencias extranjeras 277
XI. Caso de funcionario o empleado nacional que delinca en el extranjero 280
XII. Excepciones estatuidas en el art. 4 281

§ 7 APLICACIÓN DE LA LEY PENAL EN EL TIEMPO 285
I. La ley y el tiempo 287
II. Derogación y desuso de la ley penal 288
III. Regulación legal 288
IV. *Tempus regit actum* 289
V. Irretroactividad de la ley penal 290
1. Nociones fundamentales 292
2. Modificaciones de la ley penal 292
3. Leyes interpretativas y correctoras 294
4. Leyes procesales y de ejecución penal 295
VI. Retroactividad de la ley penal más favorable al momento de sentenciar 296
1. Fundamentos 296
2. Ley penal más favorable 297
3. Abrogación de una disposición que reprime un hecho 298
4. Principio de la combinación de leyes penales 298
5. Momento de realización del delito 302
6. Modificación de la ley durante la ejecución del delito 305
VII. Modificación de la ley penal y cosa juzgada 308
1. Introducción 308
2. Aplicación de la ley más favorable 309
3. Circunstancias en que se da la modificación 312
VIII. Medidas de seguridad y modificación de la ley 313
1. Regulación 313
2. Debate sobre la retroactividad de las medidas de seguridad 314
IX. Modificación de la ley referente a la ejecución de penas y medidas de seguridad 316
X. Leyes temporales y excepcionales 319
XI. Leyes intermedias 320
XII. Leyes procesales 320
XIII. Modificación de la ley y prescripción de la acción penal y de la pena 323
XIV. Retroactividad y cambio de jurisprudencia 325
XV. Concurso real 328

§ 8 APLICACIÓN DE LA LEY PENAL EN RELACIÓN CON LAS PERSONAS 329
I. Principio de la igualdad de las personas 331
II. Privilegios penales establecidos en el derecho público interno 333
1. Congresistas: inviolabilidad, inmunidad y antejuicio 334
2. Presidente de la República: inmunidad y antejuicio 335
3. Ministros de Estado 336
4. Vocales de la Corte Suprema 336
5. Fiscal de la Nación y Fiscales Supremos 336
6. Magistrados del Tribunal Constitucional 337
7. Defensor del Pueblo 337
8. Contralor General 337
III. Privilegios penales establecidos en el derecho internacional 338
1. Jefes de Estado extranjeros 338
2. Embajadores y Ministros Plenipotenciarios: 338
3. Fuerzas armadas extranjeras 339
IV. Derecho penal de menores 340
V. Derecho penal militar 342
1. Marco constitucional y evolución de la legislación militar 342
a. Legislación desde 1980 344
b. Legislación desde 2006 346
c. Legislación desde 2008 348
2. Criterios de aplicación de la ley penal militar 350
a. Criterio personal 350
b. Criterio de lugar de comisión del delito 351
c. Criterio material 351
3. Noción de delito en la parte general del Código militar 352

TERCERA PARTE: HECHO PUNIBLE 355

§ 9 TEORÍA DE LA INFRACCIÓN 357
I. Noción de teoría 359
II. Origen y evolución 360
1. Concepción clásica 360
2. Concepción neoclásica 362
3. Concepción finalista 363

4. Concepción funcionalista 365
III. Concepción francesa 369
IV. Influencias doctrinarias 371

§ 10 ACCIÓN 373
I. Introducción 375
II. Teorías 376
1. Noción causal o natural 376
a. Teoría 376
b. Crítica 377
2. Noción finalista 377
a. Teoría 377
b. Crítica 379
3. Noción social 381
a. Teoría 381
b. Crítica 381
4. Noción personal 382
a. Teoría 382
b. Crítica 383
5. Noción negativa 384
a. Teoría 384
b. Crítica 384
6. Noción funcional 385
a. Teoría 385
b. Crítica 385
7. Situación actual 386
III. Legislación nacional 388
IV. Ausencia de acción 390

§ 11 TIPICIDAD 393
I. Tipo Legal 395
II. Tipo legal, bien jurídico y norma 397
III. Tipicidad y antijuricidad 397
1. *Ratio congnoscendi* y *ratio essendi* de la antijuricidad 397
2. Teoría de los elementos negativos del tipo legal 399
IV. Tipo legal objetivo 401
1. Introducción 401
2. Elementos descriptivos 402

3. Elementos normativos 402
4. Sujeto activo 403
5. Objeto del delito 404
6. Acción típica 404
7. Relación de causalidad e imputación objetiva 412
a. Introducción 412
b. Teoría de la equivalencia de las condiciones 414
b.1. Descripción 414
b.2. Deficiencias 415
c. Teoría de la causalidad adecuada 416
c.1. Descripción 416
c.2. Deficiencias 417
d. Teoría de la relevancia 418
e. Teoría de la imputación objetiva 419
e.1. Introducción 419
e.2. Causalidad como base 422
e.3. Creación de riesgo no permitido 425
e.4. Agente responde por crear un peligro 428
e.5. Realización del riesgo no permitido 429
e.6. Riesgo prohibido por la norma 432
e.7. Delitos de peligro e imputación objetiva 433
f. Apreciación global 433
V. Tipo legal subjetivo 436
1. Noción 436
2. Dolo 437
3. Elementos subjetivos 440
4. Conciencia 442
5. Voluntad 445
a. Dolo directo de primer grado 445
b. Dolo directo de segundo grado 446
c. Dolo eventual 448
c.1. Introducción 448
c.2. Prioridad al elemento intelectual 448
c.3. Prioridad al elemento voluntad 450
c.4. Doctrina mayoritaria 451
c.5. Diferencias con culpa consciente 452
c.6. Hipótesis posibles 453
d. Formas de dolo en relación con el momento de la decisión .. 454

VI. Error de tipo 454
1. Generalidades 454
2. Objeto del error 457
3. Error vencible e invencible 460
4. Conciencia de la relación de causalidad 461
5. *Aberratio ictus* 462
6. *Dolus generalis* 465
7. *Error in obiecto* 466

§ 12 CONSENTIMIENTO (*EXCURSUS*) 469
I. Introducción 471
II. Legislación 471
III. Fundamentos 472
IV. Exclusión de la tipicidad 474
V. Acuerdo y consentimiento 476
VI. Derechos irrenunciables de la persona 478
VII. Requisitos del consentimiento 479
1. Disponibilidad del bien jurídico 479
2. Capacidad para consentir 483
3. Manifestación del consentimiento 485
4. Momento del consentimiento 486
5. Contenido del consentimiento 486
6. Consentimiento libre 489
VIII. Consentimiento presunto 489

§ 13 ANTIJURICIDAD 495
I. Antijuricidad e ilicitud 497
II. Antijuricidad formal y material 498
III. Carácter objetivo de la antijuricidad 500
IV. Causas de justificación 502
V. Elementos subjetivos de las causas de justificación 504
VI. Legítima defensa 506
1. Introducción 506
2. Regulación legislativa 507
3. Agresión 507
a. Carácter ilícito de la agresión 509
b. Agresión inminente, actual o presente 511

c. Bienes jurídicos protegidos 513
4. Defensa 515
a. Necesidad de la defensa 516
b. Racionalidad de la defensa 517
b.1. En general 517
b.2. Sistema alemán 519
b.3. Dos casos particulares 520
b.4. Jurisprudencia 521
5. Falta de provocación suficiente 521
6. Voluntad de defenderse 523
7. Legítima defensa de terceros 523
8. Legítima defensa presunta (*excursus*) 524
VII. Estado de necesidad justificante 526
1. Introducción 526
2. Estado de necesidad y legítima defensa 528
3. Peligro 529
a. Actualidad del peligro 530
b. Imposibilidad de evitar de otra manera el peligro 531
4. Proporcionalidad 531
a. Bienes jurídicos 531
b. Preeminencia del bien salvado 533
5. Estado de necesidad ante situación de peligro creada por el agente 536
6. Deber de soportar un peligro 538
7. Medio adecuado 539
8. Casos particulares 543
9. Elemento subjetivo 544
10. Conflicto de deberes jurídicos 544
11. Estado de necesidad putativo 547
VIII. Otras causas de justificación 548
1. Evolución legislativa 548
2. Disposición de la ley 549
3. Cumplimiento de un deber 551
4. Ejercicio legítimo de un derecho 552
a. Teoría 552
b. Ejemplos 553
5. Cumplimiento de orden obligatoria de autoridad competente 557

a. Ámbito civil 557
b. Ámbito militar 560
6. Ejercicio legítimo de un oficio o cargo 565
a. Ejercicio legítimo de un cargo 566
b. Ejercicio legítimo de un oficio 567
7. Autorización de la autoridad competente 569

§ 14 CULPABILIDAD 571
I. Culpabilidad y responsabilidad 573
II. Regulación legislativa 574
III. No hay pena sin culpabilidad 577
IV. Noción de culpabilidad 578
1. Concepción psicológica 578
2. Concepción psicológico-normativa 578
3. Concepción normativa 579
V. Impugnación de la culpabilidad 580
VI. Capacidad de culpabilidad (imputabilidad) 584
1. Generalidades 584
2. Menores de edad 585
a. Introducción 585
b. Evolución legislativa nacional 586
b.1. Código Penal de 1863 586
b.2. Código Penal de 1924 587
b.3. Situación actual 590
c. Límite cronológico de la capacidad penal 593
3. Imputabilidad 594
a. Generalidades 594
b. Técnica legislativa 596
c. Noción de imputabilidad 599
4. Inimputabilidad según el art. 20, inc. 1 600
a. Anomalía psíquica 601
b. Grave alteración de la conciencia 603
c. Alteración de la percepción 605
d. Actio libera in causa 606
e. Duda sobre el estado mental del agente 607
f. Imputabilidad según art. 15 608
5. Imputabilidad disminuida 615
a. Generalidades 615

b. Técnica legislativa. 616
c. Causas 617
6. Jóvenes delincuentes (art. 22) 618
7. Ancianos (art. 22) 620
VII. Error de prohibición 621
1. Introducción 621
2. Evolución legislativa 621
a. Ignorancia de la ley no excusa (error juris nocet) 621
b. Error de hecho y de derecho 624
c. Error de prohibición 626
c.1. Regulación 626
c.2. Modelo alemán recepcionado 627
3. Art. 14 del Código Penal de 1991 630
a. Generalidades 630
b. Objeto del error de prohibición 630
c. Formas de error de prohibición 632
c.1. Error de prohibición directo 632
c.2. Error de prohibición indirecto 633
c.3. Error sobre las circunstancias materiales de una causa de justificación 634
c.4. Error de prohibición invencible 637
c.5. Consecuencias penales 639
VIII. Exclusión de la culpabilidad 640
1. Introducción 640
2. Estado de necesidad excusable 642
a. Evolución legislativa 642
b. Presupuestos del estado de necesidad 643
c. Restricción a la exculpación 645
3. Legítima defensa excusable 646
4. Miedo insuperable 648
a. Regulación legislativa 648
b. Índole de la circunstancia 649
c. Presupuestos de la exculpación 650
d. Origen del miedo 651
e. Miedo insuperable 651
f. Ponderación de males 652
5. Error sobre las circunstancias materiales de las excusas absolutorias 652

§ 15 RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS (*EXCURSUS*) 655
I. Introducción 657
II. Regulación normativa 659
1. Introducción 659
2. Código Penal de 1924 660
3. Código Penal de 1991 661
III. Sistemas de responsabilidad 662
IV. Sistema de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas 663
V. Apreciación 664

Índice de materias 671

ABREVIATURAS

AAVV	Autores varios
ADLP	Archivo digital de la legislación en el Perú. Sin referencia contraria las los decretos y las leyes son citados utilizando esta fuente de información.
ADP	Anuario de Derecho Penal. Perú
ADPCP	Anuario de Derecho penal y Ciencias penales. España
AJ	Anales Judiciales. Lima
AJP	Aktuelle Juristische Praxis. Alemania
AP	Acuerdo Plenario
APe	Actualidad Penal. España
APC	Archive de Politique Criminelle. France
APD	Archives de Philosophie du Droit. France
ARSP	Archiv für Rechts- und Rechtsphilosophie. Alemania
Art (s).	Artículo (s). Sin referencia contraria, siempre corresponde al CP peruano de 1991
AT	Allgemeiner Teil
ATF	Arrêt du Tribunal Federal. Suiza
Aufl.	Auflage (Edición)
BC	Bulletin de Criminologie. Suiza
BGHst	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen. Alemania
BJ	Boletín Judicial. Perú
BK	Basler Kommentar. Suiza

BVR	Bernische Verwaltungsrechtsprechung. Suiza
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CAJ	Comisión Andina de Juristas
CADHP	Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos
CC	Código Civil
CCGPJ	Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. España
CdePP	Código de Procedimientos Penales
CDJ	Cuadernos de Derecho judicial. Consejo General del Poder judicial. España
CDP	Cuadernos de Derecho Penal. Colombia
CEDH	Convención Europea de Derechos Humanos
CEP	Código de Ejecución Penal
Cfr.	Confróntese
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CJM	Código de Justicia Militar
CJMP	Código de Justicia Militar Policial
CoEDH	Corte Europea de Derechos Humanos
Const.	Constitución
Coord.	Coordinador
CP	Código Penal
CPC	Cuadernos de Política criminal. España
CPP	Código Procesal Penal
CR	Congreso de la República
CSanit	Código Sanitario
Csup	Corte Superior
CSupre	Corte Suprema
Derecho	Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
DGT	Dirección General del Tráfico
Dir.	Director
DL	Decreto (s) Ley(es)
DLeg	Decreto (s) Legislativo (s)

DP	Doctrina Penal. Argentina
DriZ	Deutsche Richterzeitung. Alemania
DS	Decreto Supremo
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
Ed.	Edición
Edit.	Editor
EP	Ejército Peruano
ES	Ejecutoria Suprema (sentencia de la Corte Suprema)
ESup	Ejecutoria Superior (sentencia de la Sala Superior en lo Penal de la Corte Superior de Justicia)
Exp.	Expediente
F(s).J(s).	Fundamento(s) jurídico(s)
FJS	Fiches juridiques suisses. Suiza
FN	Fiscalía de la Nación
FS	Festschrift (Libro homenaje)
FSP	Fiscalía Suprema en lo Penal
GA	Goltdammer›s Archiv für Strafrecht. Alemania
GJ	Gaceta Jurídica. Lima
GS	Der Gerichtssaal / Gedächtnis-, Gedenkschrift. Alemania
Ib., ibid.	En el mismo lugar
Id., Idem	Lo mismo
IDL	Instituto de Defensa Legal
inc(s).	inciso (s)
INPE	Instituto Nacional Penitenciario
JdT	Journal des Tribunaux. Suiza
JurProsu	Jurisprudencia del proceso sumario. Perú
JuS	Juristische Schulung. Alemania
JUS	Justicia
JA	Juristiche Arbeitsblätter. Alemania
JC	Revista Jus Constitucional
Jura	Juristiche Ausbildung. Alemania
JuS	Juristiche Schulung. Alemania

JZ	Juristische Zeitung. Alemania
LECRIM	Ley de Enjuiciamiento Criminal española
Lit (s).	Literal(e)s
LK	Leipziger Kommentar. Alemania
LODP	Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo
LOJM	Ley Orgánica de la Justicia Militar
LOMP	Ley Orgánica del Ministerio Público
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOTC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht. Alemania
MK	Münchener Kommentar. Alemania
MP	Ministerio Público
MSchrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform. Alemania
N°	número (s)
NEJ	Nueva Enciclopedia Jurídica
NCPP	Nuevo Código Procesal Penal
NDP	Nueva Doctrina Penal
NFP	Nuevo Foro Penal. Colombia
NJW	Neue juristische Wochenschrift. Alemania
NK	Nomos Kommentar. Alemania
NL	Normas Legales. Perú
NPP	Nuevo Pensamiento Penal. Buenos Aires
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht. Alemania
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht. Alemania
OCDE	Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico
OCMA	Órgano de Control de la Magistratura
OIT	Organización Internacional del Trabajo
p(s).	Página (s)
PE	Parte Especial
Pf (s).	Párrafo (s)
PG	Parte General

PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PJ	Poder Judicial
PJA	Pratique Juridique Actuelle. Suiza
PNP	Policía Nacional del Perú
Proy.	Proyecto
PUCP	Pontificia Universidad Católica del Perú
RCCP	Revista Canaria de Ciencias Penales. España
RCP	Revista de Ciencias Penales. Chile
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal et Revue genévoise de droit public. Suiza
RDCP	Revista de Derecho y Ciencias Políticas. Perú
RDPI	Revista de Derecho Procesal Iberoamericana
RDPC	Revista de Derecho penal y Criminología, 2a época. España
RDPCB	Revue de droit pénal et de criminologie. Bélgica
RDS	Revue de droit suisse. Suiza
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. España
Res. Dir.	Resolución Directoral
Res. Min.	Resolución Ministerial
RF	Revista del Foro. Perú
RFDUC	Revista Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid
RIDDPP	Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale. Italia
RICPT	Revue international de criminologie et police technique, Suiza
RICPT	Revue internationale de criminologie et police technique. Suiza
RIDC	Revue internationale de droit comparé. Francia
RIDP	Revue internationale de droit pénal. Francia
RIDP	Revue internationale de droit pénal. Francia
RIDP	Rivista italiana di diritto penale
RIDPP	Rivista italiana di diritto e procedura penale
RIFD	Rivista italiana di filosofia del diritto. Italia
RIPC	Revue internationale de politique criminelle. Francia

RJP	Revista de Jurisprudencia Peruana. Perú
RLeg	Resolución Legislativa
RN	Recurso de nulidad
RPCP	Revista Peruana de Ciencias Penales. Perú
RPDJP	Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales. Perú
RPDP	Revue pénitentiaire et de droit pénal. Francia
RPJ	Revista Peruana de Jurisprudencia.
RPS/SchwZStr	Revue Pénale Suisse / Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
RSCDPC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé. Francia
RSJ	Revue Suisse de Jurisprudente. Suiza
RSJB	Revue de la Société des Juristes Bernois. Suiza
RT	Revista de los Tribunales
RUEC	Revista de la Universidad del Externado de Colombia
SCIDH	Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
SerJur	Serie Jurisprudencia. Tendencias jurisprudenciales de las Cortes Superiores. Academia de la Magistratura. Perú
SJ	La Semaine Judiciaire. Suiza
SJIR	Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht. Suiza
SJZ	Schweizerische Juristische Zeitung. Suiza
SIN	Servicio de Inteligencia Nacional
SIE	Servicio de Inteligencia del Ejército
SK	Systematischer Kommentar. Alemania
SP	Sentencia plenaria
ss.	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal alemán)
StPO	Strafprozessordnung (Ordenanza Procesal Penal alemana)
StV	Strafverteidiger. Alemania
s/f	Sin fecha
T.	Tomo (s)
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TC	Tribunal Constitucional
trad.	Traductor
TP	Título preliminar
TS	Tribunal Supremo
TUO	Texto Único Ordenado
UE	Unión Europea
UIT	Unidad Impositiva Tributaria
UNED	Universidad Nacional de Educación a Distancia
UNMSM	Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Vid.	Véase
Vol.	Volumen
Vor/Vorbem	Vorbemerkungen
WISTRA	Zeitschrift für Wirtschaft Steuer, Strafrecht. Alemania
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik. Alemania
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Alemania

Primera parte
Introducción

§ 1 Nociones fundamentales

I. Generalidades. II. Derecho penal. 1. Terminología. 2. Derecho penal objetivo y derecho penal subjetivo. 3. Derecho penal y poder. 4. Derecho penal material, derecho penal formal y derecho de ejecución penal. 5. Derecho penal general y derecho penal especial. III. Delito. 1. Delito en sentido formal y sentido material. 2. Violación de un bien jurídico y violación de un deber de actuar según el orden jurídico. a. Introducción. b. Noción positivista de bien jurídico. c. Bien jurídico como fin de la norma y como categoría sistemática. d. Bien jurídico y moral. e. Abandono de la noción de bien jurídico. f. Bien jurídico y marco constitucional. g. Necesidad de la noción de bien jurídico. 3. Desvalor de la acción y desvalor del resultado. IV. La sanción. 1. Teorías absolutas. 2. Teorías relativas. 3. Teorías mixtas. 4. Medidas de seguridad. V. Límites del derecho penal. 1. Carácter fragmentario y secundario del derecho penal. 2. Relación entre el derecho penal, derecho administrativo y derecho disciplinario. a. Derecho penal administrativo. b. Derecho disciplinario.

I. Generalidades

La organización del Estado, como sociedad políticamente instituida, está regulada por la Constitución. Ésta constituye el fundamento y límite de los poderes que permiten al Estado ejercer el control social indispensable para el desarrollo de la vida comunitaria. Este control directo está, por tanto, a cargo de sus diversos órganos administrativos. Uno de éstos es el de la administración de justicia en sentido amplio. 1

En el Capítulo de la Constitución, referente al Poder Judicial (art. 138), se dispone que 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". Los miembros de dicho Poder deben aplicar las disposiciones legales establecidas por los órganos competentes con independencia y, en particular, respetando los derechos humanos previstos tanto en la Constitución como en los diversos Convenios internacionales suscritos por el Perú. 2

En el artículo siguiente de la Constitución, se establecen de manera detallada los principios y derechos de la función jurisdiccional. Por ejemplo, se estatuye la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. Al mismo tiempo, se dispone que no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. Así, se prohíbe el ejercicio de la función judicial por quien no ha sido nombrado en la forma prevista por la Constitución o la ley. 3

Sin embargo, en el art. 149, se dispone que las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales. Además se agrega que, mediante ley, se establecerán las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial. 4

5 De esta manera, en razón de la afirmación de la pluralidad cultural del país y de la necesidad de reconocer y fortalecer los derechos culturales de las diversas comunidades, se admite en favor de los miembros de estas comunidades, por un lado, el ejercicio de un poder jurisdiccional especial en favor de sus autoridades representativas y, por otro, la aplicación de sus derechos consuetudinarios. Así, se reconoce, junto al derecho positivo dictado por el Parlamento, titular del poder legislativo, reglas consuetudinarias propias a las comunidades campesinas y nativas. Así mismo, que la administración de justicia es ejercida también por otros órganos que los pertenecientes al poder judicial.

6 Esta pluralidad de jurisdicciones no ha sido debidamente regulada a nivel constitucional, ni legislativo. Deficiencia que ha exigido de parte del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema la elaboración de criterios interpretativos con la finalidad de superarla. En diversas sentencias y acuerdos vinculantes, han tratado de fijar directivas referentes a la toma en consideración de las reglas y principios del derecho penal común y a la determinación de las personas y de los hechos sujetos a la jurisdicción comunal. Uno de los aspectos cruciales es el límite establecido por la Constitución en el sentido que el derecho consuetudinario y el ejercicio de la jurisdicción comunal deben ser conformes a los derechos fundamentales.

7 Si bien, nos ocuparemos, cuando sea necesario en consideración de las disposiciones y principios analizados, de las consecuencias generadas por la regulación establecida en el art. 149 de la Constitución, nuestro análisis estará orientado sobre todo en la explicación del sistema de control enmarcado fundamentalmente en las leyes penales.

II. Derecho penal

1. Terminología

8 Las expresiones "derecho penal" y "derecho", son bastante ambiguas. Se les utiliza para designar tanto la materia examinada como la disciplina que la estudia. Esta última es un metalenguaje que habla sobre las disposiciones y principios que establecen las condiciones para calificar ciertas acciones de infracciones penales sancionar delictuosos y las sanciones que deben imponerse a los responsables de dichos actos. El objeto de esta obra no es estudiar el derecho penal ni los comportamientos punibles, ni la reacción estatal como hechos sociales.

Antes del siglo XIX[1], se empleaba la denominación derecho criminal, luego se ha preferido hablar de derecho penal. Sin embargo, se ha vuelto a recurrir a la primera de manera esporádica. Preferir una u otra depende de la concepción con la que se explica o justifica la represión penal[2]. Aunque, se les utiliza como sinónimos, ninguna es satisfactoria[3] por ser parciales. Al hablarse de derecho penal, se destaca la pena (del latín *poena,* comprendida, en sus orígenes, en el sentido religioso de expiación) que durante mucho tiempo fue el único medio de reacción contra los delincuentes. De esta manera, no se comprenden otras formas de sanción como las medidas de seguridad. Con la fórmula derecho criminal se alude sólo de manera parcial al hecho calificado como infracción penal y que genera la reacción social, refiriéndose sólo a los casos más graves y no así a los delitos y contravenciones. Su lado positivo es que se refiere a la persona responsable del comportamiento delictuoso. 9

La denominación derecho penal se ha impuesto, despojada del sentido restrictivo de "derecho de las penas"[4] y de su connotación puramente represiva. Con ella se evoca más bien en cierta forma la idea de legalidad, en el sentido de regular, como parte del ordenamiento jurídico, la reacción social ante la delincuencia[5]. 10

Así, se perciben los tres principales protagonistas del derecho penal: el Estado, sociedad políticamente organizada; el delincuente, objeto de la reacción del poder del Estado y la víctima, cuyos intereses son perjudicados. Al ejercer su poder punitivo, el Estado debe respetar, conforme a la Constitución y a las convenciones internacionales, la dignidad y los derechos fundamentales de las personas concernidas. 11

2. Derecho penal objetivo y derecho penal subjetivo

El derecho penal objetivo o sustantivo es el conjunto de reglas promulgadas por el órgano constitucionalmente competente, que prevén las condiciones de punibilidad y las consecuencias penales (penas y medidas de 12

1 Pradel, 2003, N° 94 ss.; Bustos, 1989, p. 4 ss.; Maurach/Zipf, 1992, § 1 I N° 2; Jescheck/Weigend, 1996, § 2 I, N° 1.

2 Ferri, 1928, intituló uno de sus libros "Principi di diritto criminale" (Torino), por estimar que así se colocaba en primer plano al autor del hecho delictuoso (el criminal).

3 Merle/Vitu, 1997, N° 146.

4 Roxin, 2006a, § 1 N° 4.

5 Ancel, 1981, p. 18, nota 2.

seguridad)[6]. Mediante ellas, se refuerzan las normas que prohíben u ordenan la ejecución de comportamientos. Sin embargo, el derecho penal objetivo no se agota en dichas disposiciones, pues, también comprende las que permiten la comisión de algunos actos (p. ej., las que prevén causas de justificación) o que ordenan la extinción de la represión (p. ej., las que regulan la prescripción de la acción penal o de la ejecución de la pena).

13 Junto a este derecho ordinario, se presenta un conjunto de reglas surgidas en el seno de las comunidades campesinas y nativas, las mismas que constituyen su derecho consuetudinario aplicado por las autoridades comunales conforme al art. 149 Const. Lo que es conforme al carácter plural de la sociedad peruana, reconocido en el art. 2, inc. 19, Const.

14 Se habla de derecho penal subjetivo, como el derecho del Estado a castigar (*ius puniendi*). En un principio[7], así se aludía al poder punitivo del Estado (*potestas criminalis, staatliche Strafgewalt*) implícito a su soberanía (*imperium*). En base del cual promulga las leyes penales, organiza el sistema judicial y ejecuta las sanciones. Así, el *ius puniendi* era percibido como la fuente del derecho penal objetivo[8].

15 Bajo la influencia del liberalismo político y del positivismo jurídico, se explicó[9] el *ius puniendi* en un sentido positivista y afirmó que se trata de un derecho subjetivo que está en la base de la relación entre el Estado y el delincuente. Del poder punitivo de éste emanan las normas legales, en las que se funda su pretensión para reprimir a las personas (*Strafanspruch*). Esta concepción, próxima a la de los derechos subjetivos del derecho privado, es insatisfactoria por que resulta incoherente explicar el poder punitivo del Estado en tanto que prerrogativa derivada del conjunto de las reglas penales promulgadas por el mismo[10].

16 Esta problemática está condicionada por las explicaciones que se dan sobre el origen de la soberanía y las teorías sobre la justificación de la pena[11], las que no corresponde abordar aquí. Sin embargo, es oportuno afirmar que resulta difícil y, aún, inútil admitir un real derecho subjetivo del Estado

---

6 Esta definición retoma la dada por von Liszt, 1905, § 1 N° I.

7 Respecto a la evolución de la noción de *ius puniendi*, Cfr. Klose, 1974, p. 36 ss.

8 Cfr. Maurach/Zipf, 1992, § 1 I N° 3.

9 Binding, 1885, p. 168 ss., 183, 186, quien, admitiendo un deber de obediencia, definió la infracción como una violación de dicho deber. Cfr. Velásquez, 2009, p. 52 ss.

10 Klose, 1974, p. 47.

11 Cfr. especialmente Duguit, 1927, p. 551 ss.; Jiménez de Asua, 1964, p. 73.

para castigar. Nada se pierde dejando de lado esta noción. Basta con admitir que uno de los atributos de la soberanía es el poder de castigar y no el derecho de castigar, ya que el Estado es el titular del uso legítimo de la violencia, así como las autoridades comunales campesinas y nativas en el ejercicio de la jurisdicción indígena.

En este sentido, hay que tener en cuenta, por un lado, que este poder se manifiesta en el aspecto coercitivo de las disposiciones legales y, por otro, que éstas tienen como objeto su regulación. Este es, precisamente, uno de los aspectos del Estado de derecho. De esta manera, el poder tiene su fundamento y está limitado por la Constitución, de manera especial en las disposiciones relativas a la organización del Estado y a los derechos fundamentales. 17

3. Derecho penal y poder

El derecho penal es uno de los medios de control social, el mismo que está constituido tanto por modelos culturales y símbolos sociales como por actos mediante los cuales dichos símbolos y modelos son determinados y aplicados. Cualquiera que sea el sistema político-económico, el Estado busca "desmontar los elementos conflictivos potenciales y de aceitar la maquinaria de la circulación social"[12]; superar las tensiones sociales[13]. De esta forma garantiza el ejercicio de los derechos y libertades, condición indispensable para que las personas puedan realizar sus programas individuales de vida. El ejercicio del poder punitivo no es, en consecuencia, un fin en sí mismo. 18

El derecho penal, regulador del poder punitivo, es el recurso extremo para lograr estos objetivos. La orientación en que se ejerza este poder está condicionada por las opciones sociales y políticas adoptadas en relación con la organización de la comunidad, en general. Así, la política criminal del Estado se halla encuadrada y condicionada por su política social general. 19

De modo que el derecho penal integra este sistema y, por tanto, está vinculado con los otros medios de regulación social. Su contribución no sólo consiste en reducir los conflictos sociales, indispensable, sobre todo, para el orden y la seguridad. Por esto, las decisiones judiciales, por ejemplo, no sólo deben ser tomadas teniendo en cuenta la validez formal de las normas 20

12 Maihofer, 1970, p. 28.

13 König, 1976, p. 280.

legales, sino también considerando tanto sus consecuencias sociales, como si son o no justas.

21 Mediante la amenaza penal, se trata de conseguir que los miembros de la comunidad se abstengan de cometer actos delictuosos y así lograr reforzar el respeto de las prescripciones del sistema normativo; es decir, que acepten "ciertos esquemas de vida social"[14]. La intervención penal debe producirse sólo si no se alcanza dicho objetivo por otros medios. En esto, precisamente, radica el peculiar carácter del derecho penal "como medio de control social"[15].

22 El ejercicio del poder punitivo conlleva una grave afectación de los derechos fundamentales de la persona. Las sanciones comportan la privación o la restricción de la libertad, de ciertos derechos o del patrimonio (art. 28). Por esto, ha existido siempre la preocupación de limitar este poder estatal, para lo cual se ha buscado justificar las sanciones, determinar los criterios para discernir qué acciones deben ser prohibidas; fijar las condiciones para sancionar y especificar los casos en que la actividad punitiva es oportuna, necesaria y positiva.

4. Derecho penal material, derecho penal formal y derecho de ejecución penal

23 En sentido restringido, cuando se habla de derecho penal se hace referencia a las reglas relativas a las infracciones (tipos legales y condiciones substanciales de la represión) y a las sanciones. Se trata del llamado derecho penal material o derecho penal de fondo (*materielles Strafrecht*). Al contrario, en sentido amplio, se comprende el conjunto de reglas establecidas en todo el ámbito penal, comprendiéndose además del derecho penal material, el derecho penal formal y el derecho de ejecución penal.

24 El derecho penal formal o de procedimientos penales (*formelles Strafrecht, Strafprozessrecht*) es el conjunto de normas que regulan la actividad jurisdiccional del Estado de aplicar el derecho penal material[16]. Su contenido es doble: por un lado, comprende las normas que regulan el establecimiento de los órganos competentes en materia penal, sus competencias y su funcionamiento (sistema judicial, ministerio público, policía judicial); por otro,

---

14 Ross, 1970, p. 65.

15 Hart, 1963, p. 49.

16 Sánchez, 2004, p, 47 ss.; San Martín Castro, 2003, Vol. I, p. 6; Piquerez, 2001, N° 7; Hassemer, 1990b, § 1 N° 338 y 340.

las que prescriben la manera como debe investigarse y juzgarse un asunto penal (procedimiento en sentido estricto)[17]. En oposición al derecho penal de fondo, más bien estático, el derecho procesal penal se caracteriza por su aspecto dinámico[18].

El derecho de ejecución penal (*Strafvollzugsrecht, Strafvollstreckungsrecht*) 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[19] 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 (derecho de ejecución en sentido formal). 25

5. Derecho penal general y derecho penal especial

El derecho penal material se subdivide en general y en especial. El derecho penal general fija los ámbitos de aplicación de la ley penal, define las condiciones de punición y determina los tipos y los límites de las sanciones penales. En cuanto al derecho penal especial, enuncia y describe los actos punibles, indicando cual es la pena aplicable al autor según la gravedad del acto cometido. El estudio de la parte general está muy desarrollado en la doctrina. La teoría del delito constituye el ejemplo más claro del grado de refinamiento dogmático logrado por los juristas. Por el contrario, el análisis sistemático de la parte especial es menos desarrollado en la medida que no se ha logrado elaborar y sistematizar principios o criterios generales[20] con la finalidad de superar la interpretación singular de los tipos legales. 26

Esta distinción, que se explica esencialmente por razones de orden práctico y de técnica legislativa, caracteriza la sistemática de los códigos penales. El Libro Primero de nuestro código se intitula "Parte General" y el Libro Segundo, "Parte Especial – Delitos". Sin embargo, las disposiciones generales y las disposiciones especiales están muy relacionadas, tanto en el plano 27

17 Bouzat/Pinatel, 1975, p. 8; Piquerez, 2001, N° 15.

18 Tiedemann, 1989, p. 133.

19 Schultz, 1982b, I, p. 37.

20 Pisapia, 1948, p. 9; por su parte, Stratenwerth/Jenny, Einleitung, 2003, N° 5, estiman que esta falta de sistemática y de principios directores no implica que el derecho penal especial pueda ser concebido como un conjunto de casos particulares desordenados.

teórico como en su aplicación concreta. La índole de este vínculo puede ser ilustrada mediante el art. 12, inc. 1. Según esta disposición, "las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa". Esta regla acarrea dos consecuencias, una para el legislador y otra para el juez. El primero no está obligado a mencionar de manera expresa el dolo en cada una de las disposiciones en que incrimina un comportamiento como una condición para imponer la pena al responsable. El juez, para imponer una pena conforme a una disposición de la parte especial que no haga referencia al dolo ni a la culpa, debe tener en cuenta lo dispuesto en esa disposición.

III. Delito

1. Delito en sentido formal y sentido material

28 De las disposiciones del Código que regulan las "bases de la punibilidad", se deduce la siguiente noción formal de delito: comportamiento típico, ilícito y culpable. Se trata de "acciones u omisiones" humanas (art. 11), descritas en un tipo legal contenido en la disposición penal (art. II) y contrarias al orden jurídico (art. 20, incs. 3 y 4), cometidas por un sujeto imputable y culpable (art. VII, art. 20, incs. 1 y 5). Esta definición es llamada también dogmática porque las normas jurídicas son consideradas como si fueran dogmas[21].

29 Esta noción formal de infracción se limita a precisar cuales son los elementos comunes a los actos incriminados en la parte especial del Código o en otras leyes penales. Por lo tanto, no constituye un medio eficaz para saber por qué el Estado debe o no reprimir un acto determinado; por qué debe calificarlo de crimen, delito o contravención.

30 Para apreciar la labor del legislador, se han realizado numerosos esfuerzos para establecer una noción de delito en sentido material[22].

31 Los partidarios del positivismo criminológico, en particular Garófalo, distinguieron las infracciones naturales de las infracciones convencionales. Definieron las primeras como comportamientos que violan los sentimientos de piedad, honestidad, probidad, que están en la base de toda sociedad.

---

21 Cfr. Germann, 1942, p. 21; Jescheck/Weigend, 1996, § 21 II N° 1; Hassemer, 1990b, vor § 1 N° 236 ss.

22 Este criterio es considerado útil para orientar al legislador; Cfr. Roxin, 2006a, § 2 I N° 1.

Concibieron a las segundas como violaciones de los sentimientos evolutivos y variables, relativos a las condiciones particulares de una nación[23].

En criminología, aun cuando se tiene en cuenta la noción legal de delito, se recurre a una noción más amplia, elaborada sin referencia a las normas jurídicas. En una perspectiva sociológica, se utiliza la expresión "comportamiento desviado" (*abweichendes Verhalten*) para señalar los comportamientos que se separan de los modelos de conducta reconocidos y que no respetan las expectativas sociales. Así, los comportamientos delictuosos son considerados una clase de comportamiento desviado[24]. 32

Esos esfuerzos han sido vanos; en efecto, las nociones propuestas son muy generales y vagas. En consecuencia, ineficaces para orientar al legislador en su tarea e inapropiadas para desarrollar y sistematizar las nociones de derecho penal. 33

2. Violación de un bien jurídico y violación de un deber de actuar según el orden jurídico

a. Introducción

Dentro del marco de las concepciones filosóficas del Siglo de las Luces y en especial de las referentes al Contrato Social[25], se consideró, en oposición a las ideas predominantes en el derecho penal de los regímenes absolutistas, que "la verdadera medida de los delitos es el daño que el delincuente causa a la sociedad"[26]. En esta perspectiva, el art. 5 de la Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) prevé que "la ley no debe prohibir más que las acciones perjudiciales para la sociedad". Así que siendo la persona el centro del derecho, dichas acciones constituyen "la violación de un derecho subjetivo" y, por tanto, "el equivalente colectivo de lo que puede dañar a otro a nivel individual"[27]. La función del derecho penal fue circunscrita así al hecho de evitar verdaderos perjuicios sociales, como el elemento específico del delito, el mismo que fue 34

23 Cfr. Garofalo, 1891, p. 5 ss., y en especial, p. 30.

24 Cfr. Hassemer, 1990b, vor § 1 N° 114 ss.

25 Cfr. Beccaria, 1979, p. 49 ss.; Carrara, 1871, p. 106; Cfr.; Polaino Navarrete, 2000, p. 563 ss.

26 Beccaria, 1979, p. 113. En Alemania, se sostuvó lo mismo en la perspectiva de los criterios de Grocio y Pufendorff sobre el derecho natural como derecho racional, cfr. Larenz, 1980.

27 Gauchet, 1992, p. 134.

concebido entonces como una acción contraria a los derechos de otro y prohibida por la ley penal[28].

35 En la época moderna, los juristas alemanes han desarrollado la noción de bien jurídico[29]. Birnbaum[30] introdujo la idea de bien jurídico y afirmó, por un lado, que constituía un contrasentido afirmar que los derechos pueden ser dañados o puestos en peligro y, por otro, que el criterio de la violación de los derechos subjetivos no permitía la represión de ciertos comportamientos que atacaban intereses sociales importantes, considerados como bienes jurídicos colectivos (p. ej., la moralidad pública o el sentimiento religioso). De esta manera, el rigor del criterio establecido conforme a las ideas de la Ilustración fue debilitado para justificar la ampliación de la intervención penal para reprimir delitos como el incesto (buenas costumbres) o el perjurio (falta de respeto a Dios)[31].

b. Noción positivista de bien jurídico

36 Sobre la base del positivismo jurídico, Binding[32] definió el bien jurídico como todo lo que, aun no constituyendo derecho, es valorado por el legislador como condición para que la vida comunitaria se desarrolle normalmente[33]. Por lo que es interés de la comunidad conservarlo íntegro, protegiéndolo mediante normas jurídicas. En su opinión, el objetivo del legislador no es la defensa de intereses jurídicos individuales sino el mantenimiento de las condiciones complejas para que la paz social no sea perturbada y los individuos puedan desarrollarse normalmente y ejercer sus derechos en libertad.

37 Esta definición, coherente con las concepciones positivistas de su autor, despoja al concepto de bien jurídico de su función de límite del poder del legislador, en la medida en que los bienes jurídicos son mera creación de éste. Además, es una definición tautológica, ya que se reduce a decir que un bien jurídico es un bien jurídicamente protegido. Aun cuando suponga el reconocimiento de la importancia vital de la protección jurídica de determinados bienes, no constituye una noción material de delito, útil para la labor legislativa.

---

28 Carrara, 1871, p. 106; Feuerbach, 1847, p. 21 ss.

29 Castillo González, 2009, I, p. 23 ss.

30 Haft, 1998, p. 71; Parodi, 1990, p. 11 ss.; Rudolphi, 1970, p. 151 ss.

31 Mir Puig, 1982, p. 767; Polaino Navarrete, 1974, p. 100 ss.; Hormazábal, 1991, p. 28 ss.

32 Binding, 1916, I, p. 340.

33 Binding, 1916, I, p. 353 ss.

c. *Bien jurídico como fin de la norma y como categoría sistemática*

Con ayuda de los progresos alcanzados por las ciencias sociales, se fue precisando un criterio material. Franz von Liszt[34] preconizó las funciones del bien jurídico como vínculo del derecho penal con la realidad y límite del poder punitivo del Estado. Negó que los bienes jurídicos constituyan una creación del legislador y afirmó que más bien eran intereses vitales, personales o colectivos, que tenían su origen en hechos y circunstancias sociales anteriores a las normas jurídicas. De acuerdo con la idea del fin de Jhering[35], consideró que el derecho es un medio para satisfacer las necesidades sociales que se imponen como factores preexistentes y que condicionan, en consecuencia, la actividad legislativa y la judicial. Esta manera de concebir los bienes jurídicos se complementa con la concepción liberal de considerar el derecho como un sistema de garantías para las personas. Sin embargo, en la medida en que no se establecen los criterios para seleccionar los intereses "preexistentes" y, por lo tanto, no se fija el contenido del bien jurídico, no se logran fijar los tan proclamados límites del poder del Estado. 38

En contra de esta manera de determinar el bien jurídico, se consideró que era preferible tener en cuenta, en lugar de la función político-criminal del mismo, su función dogmática y sistemática. Así, el bien jurídico no fue más considerado como un hecho real preexistente a la norma, sino sólo una expresión abreviada para referirse al fin de la norma penal[36], el cual es precisado mediante la interpretación de la norma jurídica. De esta manera, sólo desde el específico punto de vista jurídico se puede fijar, mediante la noción de bien jurídico (categoría de síntesis), el fin y el sentido de cada norma. Así, se identifica el bien jurídico con la *ratio legis* de la norma, lo que prácticamente significa la eliminación de la noción de bien jurídico[37]. Esta concepción metodológica no sólo neutraliza la función crítica del concepto de bien jurídico, sino que tampoco da, por lo difícil que es determinar el fin de la norma, indicaciones precisas sobre el objeto de la protección penal. Esta revisión formal positivista del concepto de bien jurídico constituye la manifestación de una corriente de pensamiento contraria a la tradición liberal. 39

34 von Liszt, 1888, p. 138 ss.

35 von Liszt, 1905, p. 1 ss.

36 Grünhut, 1930, p. 1 ss.; Honig, 1919.

37 Cobo/Vives, 1984, p. 320 ss.

40 La manifestación extrema de la concepción antiliberal tuvo lugar en el periodo de los regímenes totalitarios como el nacional socialista alemán. Bajo la influencia de la nueva manera de concebir la primacía del Estado sobre la persona, se consideró, por un lado, el delito como la violación del deber de fidelidad al Estado y, por otro, se definió su carácter dañino como la discrepancia con criterios éticos, por ejemplo con el denominado "sano sentimiento del pueblo". Se agrupa a los propugnadores de estas ideas bajo la designación de Escuela de Kiel[38].

d. Bien jurídico y moral

41 Con la derrota de los Estados nazis y fascistas en Europa, comenzaron a ganar de nuevo terreno las concepciones liberales del bien jurídico en cuanto categoría necesaria para limitar el poder punitivo del Estado y como instrumento de crítica en el ámbito de la política criminal. El debate sobre la legitimidad de la intervención penal se intensificó, sobre todo en los nuevos espacios de libertad[39]. Un aspecto importante fue el relativo a la exclusión o disminución de la influencia de la moral en la determinación de que comportamientos debían ser delitos. Influencia que se manifestaba, por ejemplo, cuando se sostenía, respecto a la represión de la homosexualidad que si, en la mayor parte, de los casos "las normas penales sirven para proteger bienes jurídicos, pero no excluye criminalizar determinados casos de un comportamiento especialmente reprobable, desde el punto de vista ético, y vergonzoso según la convicción general, aunque con el hecho concreto no se lesione ningún bien jurídico inmediato"[40].

42 Contra este criterio, en el contexto de la discusión sobre la reforma de la regulación de los delitos sexuales[41], se reforzó la idea de que sólo era legítimo elevar a la categoría de bienes jurídicos penalmente protegidos entidades dotadas de un substrato real y que pudieran ser perjudicadas materialmente. Por lo que no debían, por ejemplo, reprimirse comportamientos por el simple hecho de ser calificados de inmorales. Si bien respecto a este último postulado, los criterios propuestos no fueron del todo correctos, el cuestionamiento de la concepción tradicional fue positivo en la medida en que actualizó y propugnó que se precisara mejor la noción de bien jurídico. Sin

38 Dahm, 1938, p. 225 ss.; Schaffstein, 1937, p. 335 ss.; Luzón Peña, 1996, p. 82.

39 Guzmán Dalbora, 2003, p. 92 ss.

40 Afirmación expresada en la Exposición de motivos del Proyecto de CP alemán de 1962, citada por Gimbernat, 1976, p. 415.

41 Parodi, 1990, p. 77 ss.

embargo, debe reconocerse que la referencia a entidades reales, posibles de ser perjudicadas materialmente, no constituye el medio adecuado para tratar de limitar el poder del legislador mediante la mejor determinación del objeto de protección penal.

En las últimas décadas, a raíz de la incorporación en los sistemas penales 43
de un gran número de nuevos tipos legales referentes a comportamientos contrarios a los denominados bienes jurídicos universales o colectivos, se planteó un criterio restrictivo de bien jurídico. Según esta orientación, estrictamente individualista, sólo debe ser considerado bien jurídico todo interés humano que necesita protección penal ("teoría del bien jurídico personal"). Así, los bienes protegidos en primer plano son los individuales; mientras que los bienes jurídicos colectivos o universales sólo lo serían en la medida en que también sean afectados intereses individuales. Así, éstos serán delimitados conforme a la indicada función restrictiva del derecho penal[42]. Una de las consecuencias es, por ejemplo, que el derecho penal no sea considerado como el medio adecuado para la protección de bienes como el medio ambiente. Afirmación que es poco compatible con la necesidad de estatuir una política criminal eficaz para proteger bienes colectivos fundamentales. Sin embargo, hay que reconocer el carácter positivo parcial de la perspectiva adoptada por los defensores de la noción personal de bien jurídico, en la crítica expresada contra el recurso excesivo a los denominados delitos de peligro abstracto.

e. Abandono de la noción de bien jurídico

Algunos autores, sin proponer el abandono completo de la categoría de 44
bien jurídico, consideran que el fin principal del derecho penal no es la protección de bienes jurídicos. Desde su particular punto de vista, Welzel[43] opinó que dicho fin consiste más bien en la formación de las actitudes ético-sociales de las personas para promover su disponibilidad en favor del respeto de las leyes; por lo tanto, sólo de manera indirecta protege los bienes jurídicos. Estos son concebidos como todo estado social deseado que el derecho debe salvaguardar[44]. El inconveniente de este planteamiento es que puede justificar que se utilice el derecho penal para exigir a las personas

---

42 Hassemer, 1990b, Vor § 1 N° 274 ss.; Kindhäuser, 1992, p. 227 ss.; Terradillos, 1995, p. 45 ss.

43 Welzel, 1967, p. 1; Würtenberger, 1965, p. 47 ss.

44 Welzel, 1967, p. 2 ss.

fidelidad al Estado. Para no llegar a este extremo, dicha propuesta debería ser comprendida en el sentido de que mediante la protección de los bienes jurídicos se refuerza en las personas el respeto del orden jurídico.

45 Partiendo de una clara posición sociológica, algunos autores[45] conciben el delito como la perturbación de las relaciones sociales (fenómeno de interacción social) y no como violaciones de intereses o valores. Sin embargo, admiten que su contenido es estatuido por las normas penales, las cuales prevén precisamente la reacción penal. Estas mismas normas determinan cuál es el objeto de la protección jurídica dentro del contexto fijado por los intereses sociales y los límites del contrato social.

46 Destacando el fracaso de los esfuerzos tendientes a determinar un criterio idóneo para establecer cuales son los comportamientos perjudiciales, se plantea[46] el abandono de la categoría del bien jurídico (orientada hacia el perjuicio de orden natural) en favor de un criterio que reconozca el carácter dañino del acto para el sistema social y las condiciones de su permanencia. El punto de partida es el de concebir la sociedad como un sistema dirigido a asegurar su existencia a través de imperativos funcionales (normas generales estableciendo sanciones), que institucionalizan las expectativas de sus miembros. Así, se considera que el daño producido por el delito consiste en el perjuicio causado al esfuerzo constante del sistema para solucionar sus problemas de existencia[47]. Pero como este perjuicio no puede ser la obra de un acto individual, el delito es percibido más bien como una disfunción: sólo la comisión repetida de dichas acciones individuales puede ocasionar un perjuicio al sistema social debido a la perturbación causada a la "interacción social". De esta manera, se estima que se evidencia mejor lo esencial del delito, en lugar de hacerlo buscando innumerables objetos de tutela. La función de las normas es, por lo tanto, asegurar las condiciones de la vida en común, mientras que su objetivo particular es la finalidad que el legislador se fija concretamente[48], la misma que es indicada en el juicio de valor implícito en la norma, es decir, el bien jurídico. Mediante este planteamiento, se propone una vuelta al criterio de "daño social", con raíces en la ideología de la Ilustración.

---

45 Amelung, 1972, p. 10 ss. y 343 ss.; Hassemer, 1973, p. 120 ss.; cfr. Pariona Arana, 2006, p. 106 ss.

46 Amelung, 1972, p. 345 ss.; Cfr. Parodi, 1990, p. 81.

47 Amelung, 1972, p. 387.

48 Amelung, 1972, p. 388.

El criterio del daño social es de índole política y, por lo tanto, resulta poco útil para la elaboración de leyes penales y el desarrollo de la dogmática de la teoría del delito. Aun cuando se precise, en la medida de lo posible, su significado, constituye sólo una propuesta de orientación, que no excluye una valoración posterior según la alternativa de política criminal escogida. Además, la referencia directa al factor "perjuicio" para determinar el objeto real de la protección penal tiene efectos negativos si se aplican criterios puramente utilitarios para fijar en qué consiste el daño social[49]. Así, se puede llegar a proteger intereses insignificantes o privar de protección intereses muy importantes (p. ej., calificando como inútil la vida de ciertas personas y, en consecuencia, no merecedoras de protección penal). 47

Algunos autores, para precisar la noción de bien jurídico, a partir del criterio de nocividad social, han tomado en cuenta al sujeto y su libertad, poniendo así en un segundo plano la funcionalidad de los sistemas sociales. Con este objeto, rechazan considerar los bienes jurídicos como valores culturales, éticos o morales. Por el contrario, estiman que deben ser buscados en la sociedad en cuanto condiciones indispensables para que el sujeto, confiando en el respeto de su propia esfera de posibilidades, pueda intervenir concretamente en los procesos de interacción y comunicación sociales[50]. 48

También desde una perspectiva sociológica, Jakobs[51] sostiene que el fin primario del derecho penal no es evitar que los bienes jurídicos sean lesionados, sino más bien asegurar de manera suficiente la vigencia estable de las normas fundamentales, indispensables para la existencia de un sistema social[52]. En este sentido, considera que el acto ilícito comporta la negación del significado de la norma y que la sanción implica reafirmar la validez de ésta, en tanto que modelo de orientación de validez general. Es así como, proteger el bien jurídico penal[53] consiste en garantizar las expectativas indispensables para que la vida social se desarrolle en la forma dada y exigida legalmente. En su opinión, aun cuando la noción de bien jurídico no puede ser establecida con precisión, debe ser conservada, pero en su dimensión 49

49 Ferrajoli, 1996, p. 471 ss.

50 Mir Puig, 2003, p. 112 ss.; Mir Puig, 1998, p. 130 ss.; Cfr. Hormazábal, 1991, p. 132 ss.

51 Jakobs, 1991, 1/1 ss.; Cfr. Parodi, 1990, p. 86 ss.; Cfr. Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2000, p. 465 ss.

52 Jakobs, 1994, p. 138 ss.; idem, en FS Saito, 2003, p. 18 ss.; idem, en FS Geilen, 2003, p. 64 ss.

53 Jakobs, 1993, 1/2, 1/5.

funcional[54]. En este sentido, el bien jurídico es una situación de hecho valorada positivamente y consistente en simples situaciones o desarrollos[55], que son objeto de tutela de la norma[56]. De conformidad con su concepción global, precisa que los bienes jurídicos deben ser percibidos como la resistencia frente a los comportamientos que implican una defraudación de las expectativas normativas esenciales (*Enttäuschungsfestigkeit*), las que corresponden prácticamente a la validez de las mismas normas[57]. De modo que, por ejemplo, al reprimir el hurto no se protege el patrimonio ni la propiedad sino la expectativa normativa consistente en que "la propiedad debe ser defendida"[58]. En la perspectiva de Jakobs[59], sin embargo, no todas las normas penales protegen bienes jurídicos, ya que algunas de éstas los crean y otras tutelan instituciones o directamente la paz social (bienes secundarios).

50 Esta manera de concebir los bienes jurídicos es discutible[60]. La seguridad de las expectativas sociales no puede ser considerada como prioritaria respecto a la vida u otro bien jurídico (individual o colectivo). La estabilidad y el funcionamiento del sistema social (en una época determinada) están en función de la defensa y el desarrollo de ciertos bienes que constituyen el fin último y en razón a los cuales la seguridad en las expectativas de comportamiento adquiere su significado. El mantenimiento de la seguridad no puede ser considerado el fin último en sí y por sí. La seguridad es la condición y el medio gracias al cual es posible el desarrollo de los valores de la sociedad y de la persona misma. Además, en sus extremos puede ser contraria a la Constitución, en la medida en que ésta subordina la sociedad y el Estado a la persona, ya que, en su art. 1, se dispone que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. Lo que explica así mismo que se fije como límite a la jurisdicción indígena y a la aplicación del derecho consuetudinario el respeto de los derechos fundamentales (art. 149 Const.).

---

54 Jakobs, 1991, 1/15.

55 Jakobs, 1991, 1/12.

56 Jakobs, 1991, 1/7.

57 Jakobs, 1991, 1/2.

58 Jakobs, 1991, 1/14.

59 Jakobs, 1991, 1/1993, 1/16 ss.

60 Parodi, 1990, p. 90 ss.; Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2000, p. 466.

Desde una perspectiva más amplia, hay que señalar que en la sociología no es posible encontrar el fundamento exclusivo de la legislación penal, ni de la disciplina que la estudia[61]. El objeto de la sociología es el sistema de acciones. Este punto de vista es útil para estudiar los fenómenos sociales en su totalidad y en sus variantes, pero no para analizar el derecho penal. Éste se ocupa de la persona como un todo; sin considerar la acción singular como una entidad en sí, sino como proveniente de un sujeto responsable. Para los fines del derecho penal, la acción penal debe ser considerada en relación con un autor y vista sólo con referencia al sistema de interacciones sobre el cual incide, debiéndose tener en cuenta también que es atribuida de modo personal a un sujeto y que recae sobre la persona. 51

No conviene considerar como único criterio la disfunción del mantenimiento global del sistema social, ya que implica descuidar la perspectiva de la exigencia de la defensa de la persona humana en todas sus manifestaciones. El derecho penal no debe ser reducido a un mero instrumento técnico para hacer operativas las indicaciones derivadas del análisis sociológico. Si bien éste es útil, sus conclusiones no deben ser los únicos criterios para justificar la represión de un comportamiento. Además, hay que tener en cuenta razones más amplias y complejas (ya sean ideales, culturales, políticas o morales). Todo esto determina lo que es dañino socialmente. En este sentido, la valoración jurídica se enraíza en esas razones, pero no se identifica con ninguna de ellas en particular. 52

No basta comprobar que un acto perturbe las interacciones sociales para incriminarlo penalmente. Es indispensable aún determinar, según criterios de política criminal, los límites que indican hasta dónde se puede tolerar la perturbación social en un momento dado y en una sociedad determinada (las reglas y principios constitucionales juegan un papel esencial). El recurso al criterio de la disfunción puede llevar a justificar que se impida cualquier hecho, afirmando falazmente que es dañino para la sociedad porque sobrepasa lo que es necesario para la existencia y el desarrollo de ésta. Sin embargo, es evidente que, aun cuando el objeto directo de protección son los bienes jurídicos y no las normas penales o las expectativas sociales, el sistema penal debe ser funcional, es decir eficaz, operativo dentro del marco constitucional, el mismo que establece sus orientaciones fundamentales y permite su desarrollo. 53

[61] Parodi, 1990, p. 94 ss.

f. Bien jurídico y marco constitucional

54 Con la finalidad de restringir el ejercicio del poder punitivo, se ha recurrido al marco establecido tanto por la Constitución, respecto a la organización y funcionamiento del sistema político y jurídico, como por las normas internacionales protectoras de los derechos fundamentales[62]. De esta manera, se pueden percibir los bienes jurídicos (individuales y colectivos) como valores, expresa o implícitamente reconocidos por las reglas y principios constitucionales, que son necesarios para garantizar la realización de los fines del sistema social y el normal funcionamiento de éste[63]. Estos valores se concretan en los denominados objetos del delito (p. ej., personas, cosas, relaciones).

55 Su protección mediante las sanciones (restricción de derechos fundamentales) debe respetar los principios constitucionales de ser estatuidas en una ley (legalidad), estar justificadas por un interés público o privado preponderante, ser proporcionales respecto al interés que las justifican y no atentar contra el núcleo intangible del derecho personal que restringe. Lo mismo debe decirse, *mutatis mutandi*, respecto al derecho consuetudinario indígena.

56 Sin embargo, hay que reconocer que el marco constitucional no siempre es satisfactorio en la medida en que los intereses mencionados pueden ser tan amplios que resultan inapropiados para individualizar el bien jurídico que debe ser protegido penalmente, por que no contiene todos los intereses socialmente importantes y por que puede perder actualidad en relación con los cambios de la sociedad.

57 Las ventajas de esta percepción constitucional del bien jurídico son limitadas[64]. Dos cuestiones se plantean en su aplicación. La primera es la de saber si el legislador está obligado a proteger penalmente todos los bienes considerados en la Constitución. La segunda, por el contrario, se refiere a que la Constitución no prevé todos los bienes que son de interés vital para la comunidad. Por lo tanto, hay que admitir, por un lado, que no existe una relación estrecha y directa entre los intereses constitucionalmente ga-

---

62 Rudolphi, 1970; Marx, 1972; Sax, 1972; Alvarez García, 1991, p. 5 ss.; Gonzáles Rus, 1983, p. 23 ss.; Morillas Cuevas, 1996, p. 38 ss.; Bricola, 1973, p. 15 ss.; Parodi, 1990, p. 133 ss.; Musco, 1974, p. 24 ss.; Gemma, 1986, p. 459 ss.; Puritano, 1981, p. 111 ss.; Fiandaca, 1982, p. 42 ss.; Pagliaro, 2000, p. 230 ss.; Berdugo, 1987, p. 15 ss.

63 Fiandaca/Musco, 1989, p. 29; Hassemer, 1990b, vor § 1 N° 271; Roxin, 2006a, § 2 II N° 2 ss.

64 Parodi, 1990, p. 136 ss.; Urquizo Olaechea, 1998, p. 834 ss.

rantizados y los que deben ser protegidos por el derecho penal. Por otro, que las reglas y principios constitucionales desempeñan el papel de límites negativos en la medida que establecen el ámbito fuera del cual el legislador no debe recurrir al derecho penal. Una vez practicada esta delimitación, se debe precisar, teniendo en cuenta otros factores (siempre de acuerdo con la concepción constitucional), si conviene reprimir un comportamiento y cómo hacerlo, tanto respecto a los bienes previstos, expresa o implícitamente, en la Constitución, como en relación con los no considerados en ésta.

g. Necesidad de la noción de bien jurídico

58 Afirmar que la intervención del derecho penal está en función de la necesidad de proteger los bienes jurídicos más importantes y contra los ataques más graves, no significa sostener, como ya lo hemos visto respecto a la misma noción de bien jurídico, que deba separarse de modo radical el derecho penal de la moral. Todo lo contrario, hay que reconocer, como punto de partida, que desde sus orígenes, el derecho penal -y en buena cuenta el derecho en general- está estrechamente vinculado a la moral. Como formas sociales dirigidas a controlar y orientar los comportamientos de las personas, comparten en gran parte las mismas fuentes, por ejemplo, los usos, las costumbres, los tabúes religiosos. De modo que el núcleo original de los actos que constituyen el catálogo de acciones reprimidas penalmente está formado por comportamientos que violan de manera grave la moral: homicidio, violación, lesiones corporales, robo, etc.

59 Durante siglos, debido a la influencia de la Iglesia católica en la sociedad, la moral cristiana predominó[65], hasta tal punto, que se confundían pecado y delito. Considerar el criterio de la protección de bienes jurídicos constituyó una reacción contra esa concepción y es el resultado de un largo proceso de laicización[66] del derecho penal. Su objetivo no es hacer prevalecer una concepción moral determinada, ni de obligar a las personas a actuar conforme a sus propias convicciones morales.

60 En una sociedad pluralista como las sociedades actuales, el recurso al derecho penal para imponer una concepción moral particular conduce necesariamente a la implantación de un régimen tiránico respecto a las minorías

65 Dreier, 1981, p. 185.

66 Marinucci/Dolcini, 2001, p. 430.

y, por último, a todos los individuos. Debido a que, aún si "comprende algunos principios permanentes que condenan, con rigor, ciertos egoísmos, al mismo tiempo que recomienda ciertos altruismos"[67], la moral se relaciona sobre todo con el fuero interno y, en consecuencia, no puede ser regida por un sistema jurídico.

61 Además, el Estado ni tiene el deber ni la competencia de impulsar los ciudadanos a la perfección y, sobre todo, tampoco tiene la de servirse para estos efectos del derecho penal[68]. Al respecto, se puede afirmar que la intervención del derecho penal en ciertos asuntos significativos tales como la pornografía, la homosexualidad, la prostitución, el consumo de drogas o de alcohol, aún el empleo de medios anticonceptivos, se inspira muchas veces en una concepción paternalista excesiva y casi siempre injustificada.

62 Esta compleja relación entre el derecho penal y la moral se revela en el derecho positivo. Todos los actos inmorales no son reprimidos penalmente. Muchos comportamientos son, por el contrario, sancionados como infracciones penales a pesar de que pueden ser considerados moralmente neutros (p. ej., las infracciones reprimidas mediante disposiciones penales relativas a la circulación en las vías públicas, a la construcción). Los dominios del derecho penal y de la moral no pueden ser representados como dos círculos concéntricos, sino más bien como círculos secantes, cuya zona común puede ser considerada como el núcleo de los actos punibles, "reglas que acumulan la calidad jurídica y el carácter moral"[69].

63 Si ciertos actos inmorales son efectivamente considerados como infracciones, esto no se debe a su carácter inmoral, sino más bien a su efecto negativo sobre los bienes jurídicos de terceros. Sin embargo, aun cuando se reconozca la primacía del criterio de la violación o de la puesta en peligro de los bienes jurídicos en tanto que criterio decisivo para sancionar un comportamiento, esto no significa forzosamente que el derecho penal sea moralmente neutro. Pues, un derecho penal que no correspondiera, en general, con la moral seguida, en una época determinada, por la mayoría de los individuos estaría condenado al fracaso. La sola amenaza penal no es suficiente para preservar un ordenamiento jurídico. Es necesario que cada persona sea persuadida de la legitimidad moral de las normas y de

---

67 Du Pasquier, 1988, N° 350.

68 Höffe, 1982, p. 40.

69 Du Pasquier, 1988, N° 349. Esta afirmación debe ser matizada para evitar que se piense que el derecho y la moral son idénticos en las partes en que se superponen.

los individuos que las aplican[70], sin que el carácter imperativo del derecho sea neutralizado por el cuestionamiento de sus mandatos sobre la base de criterios morales personales[71].

En la realidad, las personas tienen el sentimiento de que el derecho, por lo tanto también el derecho penal, debe ser obedecido porque corresponde a ciertos valores generalmente seguidos. Al respecto, se plantea la cuestión de los límites en que deben tenerse en cuenta las diferencias culturales existentes, en especial, en relación con los pueblos campesinos y nativos. 64

En la aplicación de las disposiciones[72], también desempeñan un papel significativo, como por ejemplo en la determinación del sentido de las disposiciones jurídicas mediante la interpretación (proceso lógico y axiológico). En esta perspectiva, hay que recordar que el derecho asegura, aunque de manera imperfecta, valores morales como la justicia, la libertad y la igualdad[73]. 65

En la labor legislativa, la relación entre derecho penal y la moral se manifiesta de manera variada e intensa. Las discusiones sobre la oportunidad o la necesidad de reprimir o no un comportamiento determinado tienen siempre un aspecto moral marcado. Como ejemplos basta recordar los casos del aborto, el adulterio, la pornografía, el medio ambiente. En ciertas ocasiones, la moral social tiene un avance respecto a las disposiciones vigentes. Así, ha sucedido por ejemplo en el ámbito de la sexualidad. Ocasiones en las que el legislador se ve obligado a seguir la evolución de los criterios morales convencionales. Pero la interacción se da también en sentido inverso. Mediante el derecho penal, el Estado refuerza indirectamente la moral y las costumbres hasta inculcar a los individuos una jerarquía de valores particulares; además, una norma penal puede, a veces, ser una de las causas de modificación o desuso de un modelo moral o de una tradición[74]. Por ejemplo, la represión de los malos tratos familiares implica, en sociedades machistas como la nuestra, favorecer la difusión de criterios morales que contradicen pautas culturales tradicionales. En este sentido, se 66

70 Nino, 1989, p. 100. Según Hassemer, 1990b, vor § 1 N° 25, "la vigencia de los valores ético-sociales es la condición de factibilidad para la protección de los bienes jurídicos". Cfr. Marinucci/Dolcini, 2001, p. 422 ss.

71 Kuhlen, 1985, p. 189.

72 Atienza, 2001, p. 112 ss.

73 Atienza, 2001, p. 91.

74 Hart, 1963, p. 213.

puede hablar de una función de orientación moral o cultural del derecho penal[75].

67 Es evidente que las relaciones entre el derecho penal y la moral son más extensas y complejas que las que venimos de exponer. En realidad nuestras reflexiones se han limitado, sobre todo, al aspecto relacionado con la criminalización de comportamientos. Así, no hemos abordado, porque sobrepasaríamos los alcances de este libro, en efecto, la justificación del derecho penal, que es objeto de un extenso debate. Sin embargo, no está demás recordar que la justificación del derecho penal ha experimentado una profunda evolución debido, de manera fundamental, a la importancia alcanzada por el reconocimiento de los derechos humanos (derechos morales). Estos derechos, relacionados en su inicio con el derecho natural, se han transformado en derechos fundamentales como consecuencia de su inserción en el derecho positivo, en particular en la Constitución. Ahora bien, en todo Estado de derecho, el recurso al derecho penal debe estar estrechamente vinculado al respeto de los derechos fundamentales.

68 Las relaciones entre el derecho penal y la moral no son descritas de manera suficiente ni cuando se habla de derecho penal en tanto que *ethisches* mínimun[76], ni cuando se invoca su neutralidad moral. Por su génesis común y su papel social semejante, el derecho penal y la moral se entrelazan íntimamente y se complementan de manera recíproca. Como ya lo hemos destacado, la fuerza y la estabilidad del derecho en general y del derecho penal en particular dependen, al menos en parte, de su armonía con los principios morales fundamentales[77].

69 Un último aspecto que merece ser destacado, en consideración a nuestra peculiar realidad, es el referente a la invocación, relativamente frecuente, de la supuesta tarea del Estado de moralizar al país o la sociedad. Así, por ejemplo, recordemos que en el art. 2, inc. d, *ab initio*, del Estatuto del Gobierno Revolucionario (DL N° 17063), se disponía como objetivo "moralizar al país en todos los campos de la actividad nacional". El presupuesto de esta disposición fue la convicción del Gobierno Revolucionario, en el momento de tomar el poder, de que el país se debatía en una "crisis en lo político, económico y moral", y que era necesario el "restablecimiento de los valores morales", que aseguraran a la Patria la consecución de sus supe-

75 Marinucci/Dolcini, 2001, p. 423 ss.

76 Jellinek, 1908, p. 45.

77 Hart, 1963, p. 244; Marinucci/Dolcini, 2001, p. 424.

riores destinos[78]. Esto no es monopolio de gobiernos dictatoriales. Así, este mismo criterio fue sostenido por los dirigentes de los gobiernos constitucionales que sucedieron al gobierno militar.

Este objetivo de moralizar el país ha sido invocado en los considerandos 70
de diferentes leyes o decretos leyes. Así como en las justificaciones de los proyectos de leyes presentados por parlamentarios y partidos políticos respecto a la corrupción, la evasión tributaria, la adulteración, acaparamiento y especulación de mercaderías, la sexualidad.

A pesar de esta marcada tendencia a pretender justificar la dación de leyes 71
penales con la finalidad de "moralizar", no es claro qué es lo que se entiende mediante esta expresión. Se puede tomar en el sentido de lograr que los individuos no incurran en la comisión de infracciones. Lo que viene a ser una formulación negativa del objetivo primario del ordenamiento jurídico, consistente en hacer que las personas se comporten conforme a derecho. En todo caso, debe evitarse comprenderla en el sentido de que el Estado es el productor de normas morales o que su función sea la de imponer, coactivamente, comportamientos acordes a dichas normas. Es decir, imponer una moral única. Lo que sí parece evidente es que se considera, de manera equivocada, la imposición de penas severas como el medio idóneo para alcanzar la moralización del país. Esto ocurría, expresamente, en el último considerando del DL N° 17106, cuando *ad letera* se decía: "que sin una adecuada sanción de los delitos que se cometan en el ejercicio del cargo, no es posible moralizar la administración pública". De esta manera se olvidaba que la experiencia muestra que las leyes penales tendientes a imponer a los individuos un alto nivel moral son más dañinas que beneficiosas[79].

3. Desvalor de la acción y desvalor del resultado

Sostener que sólo los atentados contra los bienes jurídicos deben ser re- 72
primidos penalmente, no implica que toda acción de este tipo deba ser incriminada. Un elemento indispensable es la índole de la acción dirigida contra los bienes jurídicos, en la que juega un papel descollante el aspecto subjetivo (intención, motivos, etc.). Respecto a lo último, se debe matizar el criterio que afirma que el derecho penal se ocupa del aspecto externo del comportamiento, mientras que el aspecto subjetivo es objeto de la moral.

78 Manifiesto del Gobierno Revolucionario del 3 de octubre de 1968, en Pareja, 1973, p. 600 ss.

79 Baumann/Weber/Mitsch, 2003, § 3 N° 4 ss.

La evolución del derecho penal muestra una tendencia constante hacia el abandono de la responsabilidad puramente objetiva.

73 En cuanto a lo que determina el carácter delictuoso de una acción, dos criterios se oponen claramente. Uno afirma que es el hecho de constituir un atentado contra un bien jurídico ("desvalor del resultado"); el otro sostiene que la infracción se caracteriza por la deslealtad del individuo a los valores ético-sociales ("desvalor del acto").

74 Los defensores[80] del primer criterio manifiestan que la tarea del derecho penal es la protección de los bienes vitales para la vida comunitaria. Por su parte, los sostenedores[81] del criterio del "desvalor de la acción" expresan que dicha función es "asegurar la vigencia inquebrantable" de los valores ético-sociales, único medio para alcanzar una protección perdurable de los bienes jurídicos.

75 Desde nuestra perspectiva, ninguno de los criterios puede ser aplicado unilateralmente. La acción delictuosa no puede ser concebida sin tener en cuenta tanto el desvalor del resultado, como el desvalor de la acción. Stratenwerth[82] sostiene con razón que "la violación del bien jurídico en sí, independiente de la acción que la produce, se presenta como un fantasma, como un producto de la dogmática, al cual no corresponde realidad alguna". La tarea del derecho penal es bastante compleja y no puede ser descrita destacando tan sólo uno de sus aspectos y negando o desvalorizando los otros[83].

IV. Sanción

76 La sanción penal implica la restricción o la privación de derechos fundamentales. Cuando se busca establecer los fines de la pena (la más importante de las sanciones penales) y, de esta manera, justificar un sistema represivo, se plantean, en buena cuenta, las cuestiones del sentido y de la finalidad del derecho penal[84]. De modo muy esquemático, se puede decir que el análisis se ha orientado en dos direcciones, marcadas por las concepciones filosóficas y sociológicas de sus defensores. Por un lado, el derecho

80 Baumann/Weber/Mitsch, 2003, § 3 N° 10 ss.; Würtenberger, 1965, p. 99 ss.

81 Welzel, 1967, p. 4.

82 Stratenwerth, 1963, p. 243.

83 Maurach/Zipf, 1992, § 19 N° 5; Jescheck/Weigend, 1996, § 1 III 1 ss.

84 Prado, 1993, p. 3 ss.; García Cavero, 2008, p. 42 ss.

penal es percibido como la expresión de un principio superior de justicia y, por otro, es considerado como un simple medio al servicio del principio de la utilidad.

De acuerdo con la primera concepción, las denominadas teorías absolutas de la pena consideran que se castiga para hacer justicia; mientras que conforme a la segunda, las llamadas teorías relativas de la pena, que se castiga para lograr un fin. Entre ambos grupos, se sitúan las denominadas teorías relativas o mixtas, mediante las que se intentan conciliar los imperativos de la justicia y de la prevención. Esta distinción tradicional reposa en realidad sobre una confusión respecto a diferentes categorías de preguntas a las que se trata de responder mediante las teorías sobre la pena. 77

1. Teorías absolutas

Las teorías absolutas (*absolute Straftheorien*), niegan que la pena cumpla con alguna función utilitaria específica. Su imposición sólo busca que el responsable del acto prohibido expíe su falta. De modo que el daño que implica la pena constituya la retribución del daño producido por el delincuente. Así, el mal cometido mediante la infracción debe ser, en cierto modo, redimido. De esta manera, el castigo del responsable es indispensable para satisfacer el sentimiento de justicia. El Estado, encargado de concretar la justicia, debe recompensar el bien y castigar el mal (*punitur quia peccatum est*)[85]. La pena es concebida, así, como un fin en sí misma. 78

La influencia de la concepción absoluta de la pena se debió, en gran parte, a su sólido fundamento filosófico. Éste fue establecido, en particular, por Kant[86] y Hegel. Según el primero, castigar al culpable es una exigencia esencial de la moral, un "imperativo categórico" que no debe ser mancillado por ningún utilitarismo. Para Hegel[87], la restauración del derecho objetivo violado voluntariamente requiere la anulación de la voluntad del delincuente mediante la violencia de la pena. Así, la negación (expresada mediante la pena) de la negación del derecho (mediante la comisión del delito) permite restablecer el derecho. Si Kant invoca la ley del talión, Hegel prefiere referirse a la equivalencia entre la gravedad del delito y la severidad de la pena. Sin embargo, ambos coinciden en negar a la pena otro fin que el de la retribución. 79

85 Polaino, 2008, p. 61.

86 Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 1797.

87 Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821.

80 En este sentido, el derecho penal y la pena, su principal recurso, son concebidos como instrumentos al servicio de la justicia. El aspecto positivo de esta concepción es que da una importancia fundamental a la persona, en la medida en que exige que el delincuente, por el simple hecho de ser una persona, no deba ser utilizado como un medio al servicio de la sociedad. Esta idea se conserva aún en el derecho penal moderno, cuando se admite que la pena no debe sobrepasar los límites de la culpabilidad[88].

81 Sin embargo, esta idea no puede ser aceptada en consideración a que el Estado, como sociedad políticamente organizada, no tiene como función la realización de la idea de justicia absoluta[89]. Así mismo, hay que destacar que el carácter metafísico de los fundamentos de esta teoría es discutible; por ejemplo, la negación del mal, producido por el delito, mediante la imposición de un mal al responsable constituye una ficción, puesto que, en realidad, los efectos negativos se acumulan, en lugar de que el segundo haga desaparecer el primero. Además, admitir como verdad absoluta que la idea de la justicia exige que se castigue al culpable, implica no sólo que no hay pena sin culpabilidad, sino también que tampoco exista culpabilidad sin pena.

2. Teorías relativas

82 Las teorías relativas de la pena (*relative Straftheorien*), como las absolutas, no constituyen un todo homogéneo. Coinciden en el hecho de atribuir a la pena una utilidad social, así como en justificarla por su finalidad preventiva[90]. De esta forma, se alejan de manera radical de la perspectiva retributiva de la pena. Al contrario, le atribuyen como función principal la de evitar la comisión de delitos, en la medida en que le reconocen un efecto disuasivo tanto respecto a terceros (prevención general), como al propio delincuente evitando que reincida (prevención especial)[91]. Los gérmenes de la teoría de la prevención se encuentran en numerosas corrientes de pensamiento y en épocas diferentes. Protágoras y Platon, así como Grotius, Hobbes, Beccaria y muchos otros han insistido sobre la utilidad de la pena.

83 La prevención general ha sido comprendida en dos sentidos. En sentido negativo (*negative Generalprävention*), se afirma que la pena, prevista en la

88 Roxin, 1974b, p. 282; Hassemer, 1990b, vor § 1 N° 413.

89 Roxin, 2006a, § 3 N° 8.

90 Roxin, 2006a, § 3 N° 6 ss.

91 Polaino, 2008, p. 64.

ley, tiene por objetivo intimidar (*Abschreckung*) a las personas[92]. Feuerbach hablaba a este respecto de "coacción psicológica" (*psychologischer Zwang*), tendiente a impedir que los delincuentes en potencia pasen a ejecutar el acto[93]. En sentido positivo (*positive Generalprävention*), se sostiene que la amenaza penal está destinada a reforzar el respeto de las personas a las normas penales, en particular, y al orden jurídico, en general[94]. El Estado trata, así, de mantener la norma como el modelo que hace posible y orienta la interacción social[95].

Las teorías de prevención general, como las teorías absolutas, parten del postulado del libre arbitrio, según el cual, el hombre es un ser capaz de determinarse por sí mismo, susceptible de responder por sus actos y de considerar las consecuencias de la comisión de una infracción. Por esto, según las teorías relativas la amenaza penal puede influir en la manera de comportarse de las personas. 84

Si bien es cierto que la amenaza penal influye sobre las personas, la sola prevención general, sin embargo, no basta para justificar la pena. Pues, si eso fuera así, la ejecución de las penas debería ser pública y ejemplar para que la amenaza produzca el efecto esperado. Situación que engendraría excesos y estaría acompañada de un efecto negativo sobre la persona de los individuos condenados. Un efecto perverso es que la confianza excesiva en el efecto disuasivo de la pena conduciría a la agravación abusiva de la misma. Las infracciones más comunes, que son con frecuencia las menos graves, deberían ser sancionadas con severidad para lograr intimidar realmente a los delincuentes potenciales o reforzar el orden jurídico. 85

A diferencia de las concepciones de la prevención general, la escuela positivista italiana, en el origen del desarrollo moderno de las ideas de la prevención social (*Spezialprävention*), percibió al criminal como un "ser anormal rígidamente condicionado por los factores biológicos, psíquicos o sociales". Sus partidarios rechazaron la noción de culpabilidad y basaron la responsabilidad del criminal en el simple hecho de vivir en sociedad. Los positivistas italianos de fines del siglo XIX llegaron hasta proponer que se reemplazara la pena por un conjunto de medidas de seguridad destinadas a proteger la sociedad contra la "peligrosidad" (*pericolosità*) del delincuen- 86

92 Roxin, 2006a, § 3 N° 25 ss.; Stratenwerth, 2005, § 2 N° 21 ss.

93 Cfr. Feuerbach, 1989, § 13.

94 Stratenwerth, 2005, § 2 N° 23 ss.

95 Jakobs, 1991, I/12.

te, mediante su neutralización o su curación. Según la idea de prevención especial, la pena sólo se justifica en una perspectiva utilitaria: *punitur ne peccetur*. Mediante la pena, se busca resocializar, reeducar a los condenados y así evitar la reincidencia. Si los criterios extremos de los positivistas italianos no han sido integrados del todo a la legislación, ni alcanzado a ser doctrina mayoritaria, en cambio si han marcado la evolución de las leyes y de las ideas penales.

87 Inspirándose en la concepción positivista italiana, Franz von Liszt elaboró una teoría muy influyente hasta ahora. En su opinión, la pena justa es sólo aquella cuyos límites son fijados por su finalidad (*Zweckstrafe*), que no puede ser determinada en función del delito, en cuanto entidad jurídica, sino en relación con la persona que lo ha cometido. En consecuencia, hay que prever sanciones apropiadas para las diversas clases de delincuentes. Los delincuentes ocasionales deben ser intimidados, los delincuentes propensos a reiterar deben ser corregidos y los delincuentes incorregibles deben ser neutralizados. La noción de *Zweckstrafe* tuvo una cierta resonancia, sin embargo, los criterios biológicos y antropológicos que estaban en la base de la clasificación de von Liszt cayeron rápidamente en desuso, siendo sustituidos por criterios socio-pedagógicos, conforme a los cuales el objetivo común de la pena era la resocialización de los delincuentes.

88 Frente a las teorías absolutas de la pena, los criterios de prevención especial tienen la ventaja de adecuarse mejor a los objetivos del derecho penal, los cuales se centran en la protección de las personas y de la sociedad. Sin embargo, presentan el grave inconveniente de no proponer una base adecuada para delimitar la severidad de la pena. Esta dependería de la condición personal del delincuente y no de la gravedad del delito. Aún más, no permiten justificar la punición del delincuente que no requiere ser resocializado. En el fondo, la objeción más seria consiste en que el Estado no está legitimado para, mediante la fuerza, reeducar a las personas pretextando que han delinquido.

3. Teorías mixtas

89 Los diferentes planteamientos que tratan de conciliar los distintos objetivos atribuidos a la pena pueden ser agrupados, *grosso modo*, en dos tendencias. La primera, tiene como base considerar la retribución como objetivo primario de la punición, sin descartar sus efectos de prevención general y especial. Así, el factor de expiación predomina y no debería ser afectado por la consecución de alguno de los otros fines de la pena. La segunda, partien-

do de la negación de la retribución como fin de la pena, sostiene que sólo el fin preventivo es conforme a la función del derecho penal de proteger las personas y la sociedad. De modo que afirma la posibilidad de tener en cuenta, en el mismo nivel, tanto los objetivos de prevención general como los de prevención especial. En caso de conflicto, debido a que para lograrlos se requerirían penas de diferente gravedad, se debe dar la prioridad a la prevención especial.

Los defensores de los criterios mixtos parten de la idea correcta de que el 90
fin de la pena no puede ser justificado, ni explicado de manera unilateral. La índole compleja de la actividad punitiva sólo puede ser comprendida de manera plena recurriendo a los diversos criterios expuestos. Sus múltiples efectos deben ser considerados en los diversos contextos en que es empleada. Con este objeto, se deben flexibilizar las concepciones ideológicas de las que se parte para poder concebir la pena de manera que se pueda convertir en un medio adecuado para optimizar la protección de las personas y de la sociedad.

Si se observa cómo la cuestión de los fines de la pena ha sido planteada, 91
se puede sostener que tanto las teorías absolutas como las teorías relativas responden, en realidad, a preguntas diferentes. Cuando se afirma que se castiga para evitar los delitos y proteger así los bienes jurídicos, se responde a la pregunta "¿cuál es el fin de la pena?"; mientras que cuando se dice que se sanciona porque el delincuente es culpable, se contesta a la pregunta "¿cómo se justifica jurídica y moralmente la pena?" En efecto, la principal preocupación de los partidarios de la concepción absoluta concierne al problema filosófico y moral del derecho del Estado a castigar los individuos. Un rezago positivo de esta idea se encuentra, en las legislaciones modernas, cuando consagran el principio "no hay pena sin culpabilidad". La actitud de los partidarios de la teoría relativa es de orden más pragmático, tanto en lo que concierne a los límites del poder punitivo del Estado como en el tratamiento del delincuente: ¿Por qué, concretamente, el Estado debe castigar?

Lejos de debates apasionados en los que se oponen de manera radical los 92
criterios sostenidos por los partidarios de las teorías absolutas y de las teorías relativas, conviene subrayar que los partidarios de la prevención no han dejado de interrogarse sobre la justificación de la pena, así como los partidarios de la retribución no han rechazado, siempre y de modo sistemático, que la pena podría tener otro objetivo. La solución no consiste, pues, en tomar partido por una u otra teoría. Para responder a la pregunta

sobre el porqué y el cómo de la reacción social ante el delito es indispensable recurrir a las diversas concepciones. Esto es lo que preconizan los partidarios de la teoría unitaria o de la teoría mixta (*Vereinigungsthorien*) que intentan así salir del callejón sin salida en el este debate se ha atascado. La pena, retributiva en el sentido de constituir la privación o restricción de derechos, debe ser destinada a lograr los fines de intimidación, resocialización, enmienda y reintegración del delincuente a la sociedad. Pero, como la represión y prevención no son siempre compatibles, resulta que la pena conforme a la responsabilidad del delincuente no es siempre la adecuada para cumplir los fines de prevención especial y la que permitiría alcanzar mejor este objetivo no es de manera necesaria la que corresponda a la responsabilidad del agente. Una política criminal eficaz exige, por tanto, un notable sentido de prudencia y proporcionalidad en el empleo de la pena.

93 En este contexto, hay que apreciar la interesante propuesta de Roxin, quien propone una explicación global y dialéctica de la concepción unitaria de la pena. Por una parte, rechaza la idea de la retribución o de la venganza y, por otra, reconoce los objetivos de la pena en la perspectiva de la prevención general y de la especial (*Präventive Vereinigungsthorie*). De esta manera, distingue tres niveles: la pena prevista por la ley (instancia legislativa) que tiene por objetivo la prevención general; la imposición de la pena (momento judicial) que supone la culpabilidad del procesado, la misma que limita los objetivos de prevención general o especial; y la ejecución efectiva de la pena (nivel administrativo) que es la ocasión para tratar de realizar los objetivos de prevención especial. Así, la prevención general y la especial se encuentran de una manera proporcional en cada etapa de la reacción penal. Su unidad no se obtiene, por lo tanto, mediante una simple adición, sino más bien por la búsqueda de un equilibrio respecto a la función que debe cumplir la reacción penal en sus diferentes etapas[96].

94 De manera defectuosa, el legislador ha señalado, en el art. IX, que la pena "tiene función preventiva, protectora y resocializadora". Por la redacción, el empleo del singular al referirse a la función y de la conjunción acumulativa, parecería que se preconizara la índole unitaria de la pena. De modo que parece concebirse la pena como un medio que debe estar destinado, al mismo tiempo, a prevenir, proteger y resocializar. Expresiones que deben ser comprendidas teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. I. Es decir, prevenir la comisión de delitos y faltas; proteger la persona humana y la sociedad; y,

[96] ROXIN, 2006a, § 3 N° 53; Cfr. NOLL, 1962, p. 25 ss.; STRATENWERTH, 2005, § 2 N° 27 ss.

por último, resocializar al delincuente. En el Anteproyecto de CP de 2004[97], se dice de modo más simple, pero semejante, que "la pena tiene función preventiva y orientación resocializadora". Esta formulación es modificada en el Anteproyecto de CP de 2009, art. I, en el sentido de que la "pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora".

A diferencia del art. 12 del CP de Colombia, modelo seguido en parte en nuestro Código, el art. IX no menciona la retribución. Quizás, el legislador nacional pensó que era una contradicción prever junto a las funciones indicadas la de retribuir el mal que había producido el delincuente. En realidad, omitir mencionar la retribución es una muestra de confusión ideológica, pues, no hace sino ocultar la realidad. En nuestro medio, la pena sólo tiene carácter retributivo, en la medida en que, en la práctica, no se logra, aún de manera incipiente, ejecutarla de modo a prevenir delitos o resocializar al delincuente. La falta de seriedad en la forma de legislar se revela de manera patente en el hecho de que en el art. IX del último Proyecto se mencionaba, en primer lugar y siguiendo el modelo colombiano, la función de retribución. Lo que permite comprender que sea también mencionada en la exposición de motivos del Código, la misma que corresponde, en verdad, a dicho Proyecto y no al CP de 1991[98]. 95

La explicación puede encontrarse, si se tiene en cuenta lo dispuesto en el art. 139, inc. 22, Const., en el que se estatuye que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. Si en esta disposición no se menciona la retribución es porque se ha considerado, de manera correcta, que la misma ejecución de la pena no debe llevarse a cabo acentuando el daño que implica en sí misma la privación de la libertad con la sola finalidad de hacer expiar al internado el perjuicio que ha causado mediante el delito. Por el contrario, la retribución está implícita en la misma pena en tanto que implica privación o restricción de derechos fundamentales. Por lo que no puede negarse, por más que se estime que no debería tener este efecto, que mediante la pena se retribuye al delincuente el mal que ha cometido. Junto a la prevención general negativa, la pena cumple en nuestro medio la función de retribución. 96

97 Art. I, p. 29, 45. Según la Exposición de Motivos del Anteproyecto de CP 2004, se considera que la única función compatible con el Estado de derecho es la de "prevenir la comisión de nuevos delitos, única finalidad racional coherente con el derecho de castigar".

98 Prado, 1996, p. 50 ss.

97 El texto del art. IX, expresión de uno de los principios del derecho penal considerados por el legislador, constituye una simple declaración de buenas intenciones respecto a cómo debería ser utilizada la pena. En la situación actual del sistema de ejecución de penas privativas de la libertad constituye una utopía imaginar que su aplicación tienda a reeducar al condenado. El carácter retributivo de la pena es también puesto en evidencia por la gran confianza que se tiene en la previsión e imposición de penas muy severas.

98 Un aspecto positivo del art. IX es el de servir a los jueces para atenuar la severidad de las penas previstas para gran número de delitos. Así, es invocado en relación con la graduación de la pena para "ser coherente con la finalidad teleológica" de la sanción[99].

99 La idea de la resocialización tal como fue, generalmente, comprendida en Europa en los años setenta ha sido fuertemente cuestionada. Las críticas parten de una doble constatación: por un lado, el fracaso de las penas privativas de la libertad en tanto que medio destinado a reeducar o resocializar al delincuente, y, por otro, los efectos criminógenos de la represión en general y de las penas privativas de libertad en particular. Además, en una perspectiva ideológica, plantea un grave problema el hecho de que se trate de modificar, mediante la coacción, la personalidad o la mentalidad de los condenados, quienes no están siempre dispuestos a cooperar en el logro de tal meta.

100 Este cuestionamiento ha dado lugar a un cierto renacimiento de "nuevas teorías absolutas", sin que ese movimiento acarree el abandono de la idea de resocialización. Esta se halla, en efecto, estrictamente vinculada al deber del Estado y de la sociedad de ayudar al que se encuentra en una situación crítica debido a la comisión de un delito[100]. En esta perspectiva, se busca actualmente evitar, en el nivel de la prevención especial, los efectos negativos de la ejecución de las penas privativas de la libertad y se intenta organizar modelos de ejecución de las penas más conformes con la personalidad y la dignidad de los detenidos. Se trata, igualmente, de afirmar los aspectos positivos de la prevención general. Así mismo, admitiendo los aspectos negativos de la intimidación mediante la amenaza penal y de la

---

99 Sentencia de la Segunda Sala Penal de reos en cárcel del Cono Norte de Lima del 9 de agosto de 2000. Exp. N° 2000-232, en ROJAS, 2000, p. 237; Sentencia de la Primera Sala Penal Corporativa de procesos ordinarios con reos en cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima del 16 de abril de 1999. Exp. N° 2911-98, en ROJAS/INFANTES, 2001, p. 55.

100 Cfr. NOLL, 1962, p. 16, 25 ss.; STRATENWERTH, 1979, p. 921; SCHULTZ, 1985a, p. 796 ss.; ROXIN, 2006a, § 3 I N° 21 ss.

efectividad del castigo, se revaloriza la misma función del derecho penal a saber, la afirmación y la protección de las normas fundamentales necesarias a la vida comunitaria[101].

4. Medidas de seguridad

La corriente del positivismo criminológico italiano propuso abandonar el criterio de la culpabilidad y substituirlo por el de "carácter peligroso" del delincuente. Su fundamento fue la concepción determinista del mundo. Se percibía al comportamiento como el resultado de un proceso condicionado por la personalidad del individuo y las circunstancias exteriores, mas no como una manifestación del libre arbitrio. Se consideraba que la pena era, por tanto, inútil y propugnaba que sea reemplazada por las medidas de seguridad. Con éstas, se debía neutralizar al delincuente, tratarle mediante la educación y la medicina o colocarle bajo tutela o asistencia. La aplicación de estas medidas dependía, por tanto, del estado personal del delincuente. Su objetivo era combatir su "peligrosidad" reforzándose la idea de la prevención especial. 101

Las medidas de seguridad fueron reguladas de manera sistemática, por primera vez, en un proyecto legislativo por Carl Stooss. Inspirándose parcialmente en las ideas positivistas, previó en su Anteproyecto de CP suizo de 1893, al lado de las penas, las medidas de seguridad con finalidad sólo preventiva para luchar contra la criminalidad, neutralizando o eliminando el carácter peligroso del autor. 102

Según las teorías mixtas, tanto la ejecución de la pena como de las medidas de seguridad tiene el mismo objetivo de prevención especial, el cual se manifiesta en la formación y el tratamiento educativo de la persona sancionada y la evolución del derecho penal mostró una tendencia hacia el acercamiento de las penas y las medidas de seguridad privativas de la libertad. 103

Durante los trabajos de reforma del CP de 1924, la tendencia del legislador varió sensiblemente. Las dudas surgieron debido a la influencia de la idea de que las medidas de seguridad no debían formar parte del derecho penal. 104

---

101 En esta perspectiva, Noll, 1966, p. 227, afirmó que la prevención normativa "obra, en primer lugar, no mediante la disuación provocada por la amenaza penal, sino a través de la orientación y el llamamiento a la razón y capacidad de la determinación propia autónoma".

De esta manera, se cuestionaba el sistema establecido en el Código derogado, bajo la influencia de los proyectos suizos. Sin embargo, en el Proyecto de septiembre 1984, art. 103, se preveía que "las medidas de seguridad son curativas, de vigilancia y de internación". Las primeras "consisten en la sujeción del agente al tratamiento terapéutico"; las de internación, en "el sometimiento a un régimen de trabajo y de educación" (colonias agrícolas, institutos de trabajo u otros establecimientos especiales); las de vigilancia, en "1) fijación de domicilio, 2) prohibición de concurrir a determinados lugares, 3) obligación de presentarse a los organismos especiales encargados de vigilancia, 4) obligación de abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas y 5) abstenerse del empleo de sustancias estupefacientes, alucinógenas, entorpecedoras o que produzcan hábito". En el Proyecto de octubre de 1984, art. 73, se suprime la última disposición. En todos los demás proyectos (Proyecto de 1985, art. 77; Proyecto de 1986, art. 76; Proyecto de 1990, art. 75 y Proyecto de 1991, art. 71) se prevén sólo las medidas de internación para inimputables (arts. 71 y 74) y el tratamiento ambulatorio para los imputables relativos (arts. 71 y 76). Sin embargo, en el texto definitivo del Código vigente se introduce un nuevo art. 77, en el que se previó una medida de internación para imputables relativos o imputables toxicómanos o alcohólicos, que debe aplicarse antes de la pena.

105 El criterio aplicado en el Proyecto de 1991 fue explicado en la exposición de motivos, difundida como correspondiente al Código vigente, cuando en realidad corresponde al texto del mencionado Proyecto. En dicha exposición, se dice: "El Código derogado incluyó un amplio catálogo de medidas de seguridad. No obstante esta previsión, las limitaciones económicas del Estado frenaron toda posibilidad de que fueran realmente aplicadas. La Comisión Revisora, consciente de esta negativa experiencia, ha buscado conciliar la aplicación de estas medidas con las inmediatas posibilidades materiales del Estado. En este sentido, sólo se prevén dos clases de medidas de seguridad: la internación y el tratamiento ambulatorio (art. 71)". Para los autores no existía el actual art. 77, en el que se vuelven a prever, de manera incompleta e incorrecta, medidas de seguridad para delincuentes culpables sean imputables o imputables relativos. Esta concepción ha sido mantenida en el § 41 de la exposición de motivos del Anteproyecto de CP de 2004. Por su parte, en el art. 72 del Anteproyecto de CP de 2009, se prevén como medidas de seguridad "la internación, el tratamiento ambulatorio y la restricción de derechos o facultades".

V. Límites del derecho penal

1. Carácter fragmentario y secundario del derecho penal

Como el derecho penal no está destinado a proteger todo bien jurídico, ni siquiera a defender los bienes escogidos de cualquier ataque de que puedan ser objeto y, menos aún, a reprimir toda acción moralmente reprochable[102], se puede hablar que el derecho penal es fragmentario del. Así, por ejemplo, en el dominio de la protección del patrimonio, no se reprime penalmente el incumplimiento de un contrato, a pesar de que comporte un perjuicio económico importante. La represión está limitada a los ataques más graves o los más insidiosos (estafa, abuso de confianza, robo)[103]. Esto significa que el ámbito de las infracciones penales debe ser más limitado que el de los actos ilícitos y, sobre todo, que el de los actos inmorales[104]. 106

No se trata de una deficiencia del derecho penal, sino más bien de una propiedad[105] derivada de su conformidad con los principios del Estado de derecho[106]. Tampoco se puede admitir, actualmente, que su falta de plenitud sea debido, como lo afirmara Binding, a una técnica legislativa insuficiente[107]. Se trata, en buena cuenta, de una exigencia ética planteada al legislador[108]. 107

La negación de la índole fragmentaria del derecho penal está con frecuencia basada en la idea de que admitirla implica el debilitamiento de la moral de la población[109]. Contra esta afirmación, basta recordar que no es función del derecho penal, imponer de manera coactiva una moral determinada y que es preferible dar a los miembros de la comunidad un amplio margen de acción en el dominio de sus convicciones morales, para lo cual es indispensable consolidar el principio liberal de que "lo que no está prohibido está permitido". Así mismo, el recurso limitado a la represión penal por parte del Estado es una exigencia que debe respetarse debido a que la sanción 108

102 Maiwald, 1985, p. 9 ss.

103 Fiandaca/Musco, 1989, p. 44.

104 Cfr. *supra* N° 41 ss.

105 Maiwald, 1985, p. 9.

106 Maiwald, 1985, p. 22; Jescheck/Weigend, 1996, § 7 II N° 1; Roxin, 2006a, § 2 N° 38.

107 Binding, 1905, p. 20.

108 Maurach/Zipf, 1992, § 2 N° 13.

109 Arthur Kaufmann, 1966a, p. 160; Müller-Dietz, 1974, p. 10.

penal afecta de manera grave los derechos fundamentales del individuo. Sólo debe recurrirse a este medio cuando sea en absoluto necesario; si la protección de los bienes jurídicos y la consolidación de ciertos esquemas de conducta no son alcanzables mediante otras previsiones. Se trata, así, de privilegiar la utilidad práctica del derecho penal, en detrimento de las tentativas dirigidas tanto a utilizarlo para reforzar su capacidad de influenciar la conciencia de las personas como para impedir sus efectos negativos de estigmatización de los delincuentes[110]. Es el caso cuando se dictan "normas penales simbólicas", con el fin de descalificar ciertos comportamientos como delictuosos, pero sin establecer los medios que permitiran aplicarlas efectivamente, por ejemplo, la explotación de información privilegiada, actos de discriminación racial.

109 La represión penal debe intervenir sólo en la medida en que sea necesaria[111] y si es conforme al objetivo perseguido. La restricción de los derechos de las personas sólo se justificará en la medida en que sea indispensable para salvaguardar el bienestar común[112]. En la base de este criterio, se halla el principio de la proporcionalidad. En este sentido, se habla de la pena o del derecho penal como de la "*ultima ratio*". De no tenerse en cuenta esta regla, se corre el riesgo de producir una hipertrofia del derecho penal, dándose lugar así a situaciones que se busca más bien evitar[113].

110 El derecho penal debe ser utilizado, en consecuencia, de manera coherente y complementaria con respecto a los demás recursos y procesos que conforman el arsenal del "control social" estatal. Estando condicionada la comisión de delitos por las circunstancias personales y sociales en que actúa el responsable, para evitarla o dificultarla no es el derecho penal el medio más adecuado, más bien debe recurrirse, en primera línea, a medios que atenúen o eliminen dichos factores criminógenos[114].

111 Así, por ejemplo, los bienes jurídicos pueden también ser protegidos mediante el derecho civil, administrativo, sanitario, etc. Sólo si estos medios resultan insuficientes o ineficaces, aparecerá como necesario emplear la amenaza penal. De este modo, el derecho penal se muestra muchas veces

110 HASSEMER, 1990b, vor § 1 N° 52 y 97.

111 SCHULTZ, 1991, p. 186.

112 FIANDACA/MUSCO, 1989, p. 41.

113 Cfr. ROXIN, 1976, p. 21 ss.

114 CALLIES, 1973, p. 129.

como el gendarme de las demás ramas del derecho, cumpliendo un papel sancionador[115]. Lo que ha permitido hablar de su papel secundario.

Aun cuando debido a su subsidiaridad, el derecho penal está dirigido a reforzar la protección de bienes –ya considerados por las demás ramas del ordenamiento jurídico (privado, administrativo, constitucional)- tiene cierta autonomía (accesoriedad relativa). Las sanciones penales son impuestas con independencia de los efectos del comportamiento delictuoso en las demás dominios jurídicos. 112

Con frecuencia, sobre todo en los últimos tiempos, el derecho penal se presenta como el principal y primer medio de protección de ciertos bienes jurídicos, desarrollándose sólo después la protección de otras ramas del derecho. Impresión reforzada por el hecho de que muchas incriminaciones constituyen puras violaciones del derecho privado o del derecho administrativo, así como del derecho constitucional[116]. Sin embargo, esta constatación no debe ser generalizada. Si por ejemplo, el art. 217, omisión de suministrar los alimentos debidos "en virtud del derecho de familia", no hace más que sancionar una regla de derecho civil, existen sin embargo una serie de disposiciones penales que regulan ciertos comportamientos sin hacer referencia a otros dominios del derecho (infracciones contra el honor, contra la libertad, contra la salud o la paz pública, etc.)[117]. El papel del derecho penal no es sólo asegurar o reforzar el orden jurídico mediante prohibiciones; también crea normas, aunque en este aspecto está cada vez más eclipsado por el desarrollo de las reglas de derecho privado y de derecho público[118]. 113

Lo mismo puede decirse en el nivel técnico y teórico, pues, el derecho penal tiene una relativa autonomía respecto a la manera como se regulan determinadas instituciones jurídicas. Por ejemplo, la noción de persona o de posesión no son en derecho penal necesariamente las mismas que en derecho civil. Esto es debido a la peculiaridad de los fines del primero[119] con respecto a los de los demás sectores del derecho[120]. Por tanto, de la accesoriedad 114

115 Cfr. Binding, 1916, p. 73.

116 Según Rousseau, Du contrat social, Livre II Chapitre XII, "Las leyes criminales no son tanto un tipo especial de leyes, sino más bien la sanción de todas las demás".

117 Pedrazzi, 1985, p. 16; Jescheck/Weigend, 1996, § 7 II N° 2.

118 Gauthier, 1985, p. 219.

119 Jescheck/Weigend, 1996, § 7 II N° 2; Fiandaca/Musco, 1989, p. 46 ss.

120 Maurach/Zipf, 1992, § 2, N° 17 ss.

del derecho penal no puede deducirse que sea del todo dependiente de las otras ramas del ordenamiento jurídico. Con éstas mantiene una estrecha interrelación, distinguiéndose en cuanto a los medios de reacción (penas y medidas de seguridad en derecho penal).

2. Relación entre el derecho penal, derecho administrativo y derecho disciplinario

115 Se trata de relaciones excesivamente complejas, como lo sugiere la terminología en la materia. Esto aparece de manera evidente en las distinciones que se hacen, por un lado, entre derecho penal ordinario y el derecho penal complementario, disciplinario, penal administrativo y, por otro, entre infracción penal e infracción administrativa, prescripciones de orden o disciplinarias. Además, las distinciones no son definidas de manera satisfactoria y constituyen más bien objeto de controversias interminables, resultando difícil sistematizarlas.

a. Derecho penal administrativo

116 El Estado moderno se caracteriza por una estructura administrativa muy desarrollada, la cual se explica por el papel diverso que tiene en la vida social y económica de la comunidad. A pesar de los cambios de orientación liberal, busca promover el bienestar de sus habitantes, reglamentar sus actividades en los diversos dominios de la vida comunitaria, mantener el orden social (es decir, el orden público, comercial, fiscal, etc.). Para alcanzar estos objetivos, prevé sanciones para reprimir a quienes las violen.

117 La expresión "derecho penal administrativo" designa el conjunto de disposiciones contenidas en las leyes administrativas previendo sanciones penales. En razón del objetivo específico de estas reglas, se destaca, por un lado, que el derecho penal administrativo sólo está destinado a asegurar el funcionamiento correcto de la administración y, por otro, que el derecho penal ordinario tiene por misión proteger los valores y los bienes fundamentales de la sociedad[121]. No obstante, es difícil clasificar las normas jurídicas según su pertenencia al derecho penal administrativo o al derecho penal ordinario, en razón del desbordamiento del primero hacia los dominios propios del segundo. Esta confusión se debe a que la amenaza de una pena forma parte de los mecanismos dirigidos a asegurar la efectividad del derecho

[121] Fleiner-Gerster, 1980, § 28 N° 10; Cfr. Abanto Vásquez, 1997, p. 184.

administrativo[122]. ¿Esta amenaza debe estar vinculada al derecho penal o al derecho administrativo? Planteada de manera tan abrupta, la pregunta permanecerá sin respuesta, pues, implica la presencia de numerosos factores que hacen imposible una solución coherente. La tendencia hacia una despenalización global de ciertos dominios parece ser confirmada por la idea de que las infracciones a las prescripciones de las leyes "administrativas" no implican siempre una reprobación moral, así como en el carácter en general poco grave de estas infracciones (bagatelas) y de las sanciones con las que son reprimidas. Sin embargo, hay que subrayar que afirmar el carácter penal de una sanción significa brindar al procesado ciertas garantías tanto en el nivel del procedimiento (p. ej. recursos al juez penal) como en el del derecho material (p. ej., respecto del principio de la legalidad o de la necesidad de comprobar la culpabilidad).

Goldschmidt, jurista alemán, intentó, a principios del siglo XIX, elaborar una teoría general del derecho administrativo, considerado distinta al derecho penal común. Estimaba que su función es defender los intereses de la administración por oposición a los intereses de la sociedad y sancionar las infracciones administrativas por oposición a los delitos comunes. Además consideraba que eran materialmente diferentes: los últimos implican un especial juicio ético negativo, las segundas comportan sólo una desobediencia a una orden administrativa. Esta teoría no fue admitida por la doctrina ni en derecho penal, ni en derecho administrativo[123]. 118

El fracaso de todas las tentativas para precisar de manera global la noción de "derecho penal administrativo" ha tenido como resultado la imprecisión de lo que debe ser considerado como su materia. Por lo que es interesante preguntarse a qué se debe esta falta de definición y de límites bastante precisos[124]. 119

El Código Penal, principal ley penal, sólo contiene una parte de las disposiciones legales que prevén sanciones de esta índole. Numerosas leyes relativas a diversas materias regulan, de manera accesoria o principal, infracciones y prevén las sanciones respectivas. El desarrollo cuantitativo de esta legislación penal complementaria (*Nebenstrafrecht*) se acompaña de una diversificación cualitativa que conduce poco a poco a la creación "de 120

122 Cfr. Knapp, 1994, p. 149.

123 Gauthier, 1975, p. 24.

124 Roth, 1985, p. 127, Gauthier, 1971, p. 351 ss.

órdenes penales periféricos"[125]; por ejemplo, derecho penal fiscal, derecho penal económico, derecho penal administrativo, derecho penal del tránsito[126].

121 Por ejemplo, en cuanto al derecho penal económico se considera, generalmente, que las medidas aplicables en caso de infracciones de esta índole deberían ser, en principio, de carácter preventivo. En particular, de orden administrativo y cuya aplicación debe estar a cargo de autoridades especializadas. Esta restricción conforme al criterio del derecho penal como *ultima ratio*, no implica que se renuncie al empleo del poder punitivo para reprimir los comportamientos que merezcan la calificación de delitos económicos.

122 A la diversificación de materias se agrega el problema concerniente a la gravedad de las infracciones incriminadas: muchas infracciones "administrativas" son contravenciones o infracciones a las prescripciones de orden y su sanción es, en general, pronunciada, al menos en primera instancia, por una autoridad administrativa. En Alemania, se separan de manera radical los hechos penales (crímenes y delitos, *Verbrechen und Vergehen*) de las infracciones a las prescripciones de orden o infracciones administrativas (*Ordnungswidrigkeiten*), las cuales sólo son merecedoras de una sanción pecuniaria administrativa (*Geldbusse*) no de una multa penal (*Geldstrafe*). Sin embargo, esta tentativa de descriminalización de las infracciones menores reposa en realidad sobre una diferencia de grado en la reprobación que ellas suscitan y no sobre una verdadera diferencia de "naturaleza"[127]. En realidad, el legislador es quien simplemente decide con gran libertad de incluir una norma jurídica en el derecho penal administrativo o en derecho penal ordinario.

123 La labor de perseguir y de reprimir las infracciones penales menores ha sido confiada a las autoridades administrativas con miras a disminuir la carga de las autoridades judiciales. La CoEDH ha admitido esta práctica sin dificultad. Sin embargo, ha declarado, especialmente en el fallo Belilos, que la persona perseguida debe tener la posibilidad de hacer revisar la decisión penal de la autoridad administrativa por un tribunal, "porque hay que consultar un organismo jurisdiccional competente para resolver el li-

---

125 Roth, 1981, p. 382; idem, 1985, p. 126, 152.

126 Cfr. Pfund, 1971, p. 121 ss.

127 Jescheck/Weigend, 1996, § 7 V N° 3; Schultz, 1982b, I, p. 32 ss.; Trechsel/Noll, 2004, p. 34 ss.; Stratenwerth, 2005, § 2 N° 41; Roxin, 2006a, § 2 N° 131.

tigio sobre la base de normas jurídicas al término de un procedimiento organizado"[128]. Este tribunal debe ofrecer todas las garantías requeridas por el art. 6 § 1 CEDH (art. 8, inc. 1, CADH). La imparcialidad del tribunal, su independencia respecto a la administración y la posibilidad de efectuar un control completo de los hechos y de la aplicación del derecho son las principales exigencias de esta disposición. Es el control judicial, conforme al art. 6 CEDH, de una decisión dictada por una autoridad administrativa.

b. Derecho disciplinario

Según la CoEDH[129], las "sanciones disciplinarias tienen por objetivo general asegurar qué personas al formar parte de un grupo particular respeten las reglas de comportamiento propias de esa colectividad". Esta definición subraya la necesidad de que existan relaciones jurídicas específicas para que pueda calificarse una sanción de disciplinaria, la cual no se dirige, como la sanción penal propiamente dicha, a todos sino sólo a los individuos concernidos por este vínculo singular. El derecho disciplinario constituye, en realidad, la contrapartida de los deberes particulares a los cuales están sometidos los miembros del grupo[130]. Al respecto, se distingue tradicionalmente entre derecho disciplinario de profesiones liberales (abogados, médicos) y derecho disciplinario "estatal" que supone una relación del derecho administrativo especial (funcionarios, militares, partes en un proceso). 124

En doctrina, se ha discutido mucho sobre si la sanción disciplinaria es una medida administrativa (cada vez más, se prefiere hablar de medidas disciplinarias, en lugar de penas disciplinarias) o una sanción penal. 125

Generalmente, se califica de incompleto al derecho disciplinario[131]. Esto se debe a que las infracciones disciplinarias no son descritas expresamente en la ley. Con frecuencia, se las prevé mediante una cláusula general, lo que no es conforme al principio de legalidad. El derecho disciplinario se halla sobre todo sometido a los principios del derecho administrativo, como los de oportunidad y de proporcionalidad. Además, el cúmulo de sanciones 126

128 Sentencia de la CoEDH, del 29 abril de 1988, causa Belilos, en Publications Série A vol. 132 N° 64.

129 Sentencia de la CoEDH, del 22 mayo de 1990, causa Weber, en Publications Série A vol. 177, N° 33.

130 Stratenwerth, 2005, § 2 N° 45.

131 Roth, 1985, p. 136.

disciplinarias y penales es permitido, por lo tanto, no se aplica el principio *ne bis in idem*.

127 Estas constataciones concuerdan, de manera global, con la opinión de la doctrina dominante. Se considera que el derecho disciplinario está muy próximo al derecho administrativo. Sin embargo, hay que matizar esta afirmación. Si se puede dejar de lado, en cierta medida, el aspecto del principio de la legalidad referente a la previsión expresa de la infracción, el otro relativo a la previsión de la sanción debería ser mejor respetado (*nulla poena sine lege*). Toda sanción disciplinaria debe estar prevista en una disposición legal[132] e imponerse sólo si el autor es culpable.

128 Además, el cúmulo de la sanción disciplinaria y la sanción penal es inadmisible en la medida en que, por un lado, la primera en oposición a la penal, no implica la retribución al mal cometido, sino sólo es un medio de corrección o de protección y, por otro, sólo debe concernir a los casos en que el comportamiento afecta únicamente a la agrupación o institución a la que pertenece el infractor. Si el comportamiento constituye un delito, la pena que se imponga reprime también la falta disciplinaria, la misma que tiene los efectos materiales y legales de la pena.

129 La vinculación del derecho disciplinario al derecho administrativo debe ser relativizada. La CoEDH ha subrayado, hace algún tiempo, en un asunto de disciplina militar de los Países Bajos, que "si los estados contratantes podían arbitrariamente calificar de disciplinaria una infracción en lugar de considerarla de índole penal [...] la interpretación de las cláusulas fundamentales de los arts. 6 y 7 [de la CEDH] se encontraría subordinada a su voluntad soberana"[133]. Reconociendo a los Estados el derecho de distinguir entre el derecho penal y el derecho disciplinario, la Corte se reserva, sin embargo, el poder de asegurar que la frontera así trazada no contradiga las reglas enunciadas por la Convención. Así, en el asunto Weber, en donde una de las partes había sido condenada disciplinariamente por violación al secreto del procedimiento penal, la Corte afirmó que: "obligados de manera muy especial a guardar el secreto de la instrucción, los magistrados, abogados y todos aquellos que se encuentran estrechamente implicados en el funcionamiento de las jurisdicciones se exponen [...] independientemente a sanciones penales, a las medidas disciplinarias que se justifican

132 Gauthier, 1988, p. 402; Roth, 1985, p. 136.

133 Sentencia de la CoEDH, del 8 del junio y 23 de noviembre de 1976, causa Engel y otros, en Publications Série A vol. 22, N° 81.

por la profesión que ejercen. Las 'partes', por el contrario, en la medida en que sólo participan en el procedimiento en calidad de justiciables, no están comprendidas en esta esfera disciplinaria de la justicia"[134].

134 Sentencia de la CoEDH, del 22 de mayo de 1990, causa Weber, en Publications Série A vol. 177, N° 33.

§ 2 Política criminal, dogmática penal y criminología

I. Política criminal. II. Dogmática penal. III. Criminología. 1. Biología criminal. 2. Sociología criminal. 3. Psicología criminal. 4. Concepciones mixtas. 5. Teoría de la estigmatización. IV. Política criminal y realidad social.

I. Política criminal

La actividad del Estado dirigida a enfrentar las acciones delictuosas (*lato sensu*) que amenazan la cohesión y el desenvolvimiento armónico de la comunidad[135], se le denomina política criminal. Cuanto más evolucionada es la sociedad, ésta deviene una estrategia elaborada a partir de los datos y enseñanzas aportados por la observación objetiva[136]. Con la misma denominación se designa la disciplina o el estudio de la reacción contra la delincuencia, tal como es, efectivamente, practicada. Son tareas de esta disciplina tanto describir la reacción social contra la delincuencia, como determinar los lineamientos que deben seguirse para lograr una mayor eficacia. 130

Esta reacción institucionalizada contra la delincuencia forma parte del control social, el cual es una manifestación concreta de la política general del Estado. De esta manera, éste cumple su función destinada a coordinar, disciplinar y organizar la vida comunitaria. Para lo cual debe desactivar los conflictos y tensiones sociales o individuales[137]. El desarrollo y la orientación de esta actividad deben ser apreciados considerando el contexto social y político en el que ésta tiene lugar. No se trata de un proceso neutro o imparcial. 131

Sin embargo, toda reacción estatal dirigida a evitar la comisión de comportamientos delictuosos o suprimir ciertos factores que favorecen su comisión no forma parte, siempre, de la política criminal[138]. Ésta constituye sólo una parte de la política social del Estado, aunque goza de una cierta 132

---

135 Ancel, 1974, p. 23.

136 Ancel, 1975a, p. 222; Prado, 1985, p. 13 ss.; Velásquez, 2009, p. 38 ss.

137 Gurvitch, 1947, p. 297; Maihofer, 1970, p. 28. Cfr. Mazuelos Coello, 2004, p. 241 ss.

138 Schultz, 1985a, p. 791 ss.

autonomía al interior de la política estatal. Una buena política social es, sin duda alguna, una condición indispensable para una política criminal eficaz[139].

133 El contexto en el que se implanta y desarrolla la política criminal no constituye, sin embargo, un dato puramente objetivo. Las nociones de "delincuencia", "crimen" y "criminal" son el resultado, precisamente, de intensos debates sobre los criterios de la misma política criminal, los cuales condicionan la elección de los comportamientos que serán criminalizados y de los medios que serán empleados para evitarlos[140]. En efecto, ningún comportamiento es delito en sí mismo. En realidad, su carácter "delictuoso" varía según los tiempos y los lugares en donde es cometido.

134 La programación y realización de una correcta y coherente política criminal dependen del conocimiento del fenómeno delictuoso y de los diferentes modos de reacción social[141]. Cuanto más amplio y profundo sea, será menos complicado determinar las "estrategias apropiadas para frenar el avance de la criminalidad, así como los excesos del control social"[142]. De esta manera, se evitará que la reacción sea espontánea o inorgánica, motivada sólo por el afán de dar satisfacción a los movimientos de la "opinión pública", originados por la comisión de ciertas infracciones (política criminal del "golpe por golpe", del "*coup par coup*")[143], o destinada a sosegar, mediante la multiplicación o agravación indiscriminada de la represión, a un público impresionado o temeroso ante la frecuente comisión de ciertos delitos.

135 La política criminal está, pues, en particular relacionada con la criminología[144]. En su elaboración juegan un papel decisivo los resultados de las investigaciones criminológicas y, en especial, de las propuestas que sobre la base de éstas para mejorar la manera de enfrentar la delincuencia. La admisión o el rechazo de las medidas de seguridad, por ejemplo, depende en mucho de la perspectiva que se adopte para explicar las causas de la delincuencia, el desarrollo de ésta y la eficacia de los medios a disposición.

---

139 Maurach/Zipf, 1992, § 3 N° 3.

140 La definición de delito está estrechamente condicionada por las leyes penales y, por tanto, por las condiciones en las cuales éstas son establecidas; Cfr. Killias, 1991, N° 802 ss.

141 Cfr. a este respecto Ancel, 1975b, p. 15 ss.

142 Killias, 1991, N° 104.

143 Ancel, 1981, p. 190 ss.

144 Cfr. *infra* N° 155 ss.

En cuanto a las relaciones de la política criminal con el derecho penal, en sentido amplio, hay que señalar que el poder coercitivo de las sanciones es uno de los medios que el Estado tiene para alcanzar sus objetivos. Mediante este poder, organiza un sistema específico formalizado, llamado sistema de justicia penal. El cual está compuesto, por un lado, de un conjunto de normas que prevén tanto el comportamiento delictuoso y las sanciones aplicables, como el procedimiento a seguir para pronunciar y aplicar estas sanciones. Por otro, de una red de órganos encargados de poner en práctica las normas penales, tales como la policía, el Ministerio Público, las autoridades responsables de instruir y juzgar procesados y los servicios de ejecución de las penas. El derecho penal juega así un papel importante a nivel de la organización y de la determinación de las relaciones sociales, en el seno del control social. Sin embargo, no sólo limita la libertad de los individuos, sino que también crea las condiciones necesarias para que éstos puedan desarrollar su personalidad y sus proyectos de vida. 136

Las reformas penales suponen que se conozca suficientemente la realidad delictiva y la eficacia de la reacción estatal. Sólo así se puede establecer la estrategia adecuada par combatir con eficacia la delincuencia. Un aspecto esencial es que la legislación penal, en particular la contenida en el Código, responda a este objetivo. Lamentablemente, en nuestro país, no se han efectuado las investigaciones indispensables. Lo que explica que tanto la reforma de 1991 como las iniciativas concretadas en los anteproyectos de 2004 y 2009 se caractericen más por su orientación dogmática que por sus innovaciones de política criminal. Si bien, en 1991, el sistema de sanciones penales fue modificado de manera importante, las razones no fueron el fruto de un análisis sobre la manera de como deberían ser reguladas para que sean eficaces en un medio como el peruano. 137

Una coherente y racional política criminal supone, por tanto, un esfuerzo de sistematización y de actualización de las instituciones que luchan contra la delincuencia; instituciones que deben estar integradas en un conjunto coordinado dentro del cual se complementan, en lugar de oponerse; y que deben ser adecuadas a las condiciones sociales[145]. 138

[145] Ancel, 1975a, p. 226; Zipf, 1973, p. 2 ss.

II. Dogmática penal

139 El hecho de que el derecho sea lenguaje y que siempre requiera ser interpretado, implica que exista una relación estrecha entre el derecho positivo (objeto de estudio) y el derecho disciplina jurídica que se ocupa de dicho objeto. Esta circunstancia debe ser tenida en cuenta tanto para comprender bien qué es la dogmática penal, como para percibir correctamente en qué consiste la labor del jurista al estudiar las normas y sistematizar los resultados de su trabajo. Esta distinción tiene su origen en la consolidación del principio de legalidad[146], en la medida en que éste determina y circunscribe el derecho como conjunto de normas legales positivas.

140 En Alemania y en los países fuertemente influenciados por el pensamiento germánico, la «ciencia del derecho penal» es designada bajo el nombre *Strafrechtsdogmatik*[147]. En Francia, se prefiere el término "ciencia", "disciplina" o, en teoría general del derecho, "doctrina". De esta manera, se trata de señalar, por un lado, la actividad intelectual de los penalistas (criminalistas) y, por otro, el conjunto de trabajos resultantes de sus investigaciones.

141 En especial entre los penalistas, con frecuencia se utiliza el término dogmática, pero sin mayor reflexión. Se le emplea, por un lado, como equivalente de ciencia. El jurista que cultiva esta ciencia es un científico y los resultados de sus investigaciones constituyen trabajos de este carácter. Su labor es descrita como el estudio del derecho con la finalidad de hacer más fácil su aplicación. Por otro, se le niega este carácter y, al mismo tiempo, se da al sustantivo "dogmática" y al adjetivo "dogmático" una significación peyorativa. Además, se la define como la actividad jurídica caracterizada por la elaboración de razonamientos teóricos con la pretensión de revelar verdades absolutas[148].

142 Estas diferencias de opinión se deben, en parte, a las diferentes maneras de concebir la ciencia. La negación del carácter científico de la dogmática tiene como base, a menudo, el criterio clásico de la ciencia empírica o experimental. El mismo que ha sido superado no sólo por la simple admisión de otro tipo de ciencias, como las humanas, sino por los nuevos análisis

146 Ferrajoli, 1995, p. 869 ss.

147 Mediante esta expresión se hace referencia a la "disciplina que abarca la interpretación, la sistematización y el perfeccionamiento de las normas legales y de los conceptos jurídicos en materia penal", Roxin, 2006a, § 7 N° 1; García Cavero, 2008. p. 18 ss.; Velásquez, 2010, p. 10 ss.

148 Hassemer, 1990a, p. 92; Ancel, 1981, p. 211.

en el ámbito de la teoría del conocimiento, que han cambiado profundamente la manera de percibir las ciencias, como las matemáticas o la física. Un aspecto importante es que no debe asociarse el carácter científico a la determinación del objeto del conocimiento, ni a la neutralidad u objetividad de los análisis, sino más bien al método o métodos utilizados según las pautas que sean aceptadas en un contexto determinado. De modo que la dogmática debe ser considerada como ciencia en la medida en que cuando se deban resolver problemas se ajuste a las exigencias que rigen la práctica científica[149]. En esta perspectiva, debe analizarse la noción de dogmática, sus métodos y finalidades.

Para contrarrestar las críticas que se les hace, los juristas han tratado de 143
atenuar su tendencia hacia un razonamiento demasiado abstracto y de tomar en consideración los aportes de las ciencias humanas. Así, buscaron abandonar la "mala dogmática" (vinculada a criterios conceptualistas caracterizados por su autoritarismo intelectual, formalismo lógico y "neutralismo" axiológico) en beneficio de una "buena dogmática", crítica, abierta a las ciencias sociales y a todo debate de orden axiológico.

Sin embargo, el cuestionamiento de la dogmática no puede ser afrontado 144
de esta manera. Conviene precisar en qué consiste la actividad real de los juristas, para lo cual deben delimitarse sus intenciones y sus objetivos más allá de sus alegaciones.

Sin polemizar demasiado, hay que admitir que el jurista, para fijar mejor el 145
sentido de las normas legales, busca comprender sus enunciados y, de esta manera, complementar y perfeccionar el derecho positivo, inevitablemente imperfecto. También, trata de organizarlas en un sistema ordenado y coherente. Resulta, así, comprensible que la dogmática penal haya sido descrita como una ciencia cuyo objetivo es investigar el sentido de las reglas y organizarlas en un sistema, para contribuir al desarrollo del derecho[150].

Los malentendidos surgen[151] cuando la labor de los juristas es explicada 146
afirmando, primero, que la doctrina jurídica sólo tiene la función de descubrir, mediante un análisis conceptual, las soluciones implícitas en el dere-

149 Sastre, 2001, p. 601.

150 Schultz, 1977 I, p. 38; Hassemer, 1974, p. 176: "por eso se puede decir que, en un plano formal y negativo, la dogmática penal tiene por función la diferenciación sistemática del derecho penal plasmado en el código penal y la jurisprudencia penal, para llevarlas luego a la práctica judicial".

151 Nino, 1974, p. 21.

cho positivo; segundo, que los conceptos jurídicos tienen una significación "realista" en el sentido de que corresponden a las estructuras reales y, por último, que los juristas describen el derecho positivo vigente de manera objetiva y neutra a nivel axiológico.

147 En este sentido, de manera tradicional, la dogmática ha sido caracterizada[152] señalando los siguientes aspectos: primero, el derecho es concebido como un sistema cerrado que permite dar respuesta a todo conflicto jurídico. Segundo, la ley adquiere -una vez promulgada- vida autónoma. Su significado evoluciona conforme a los cambios sociales. Tercero, es asunto de los juristas -científicos del derecho- revelar y consolidar esta evolución. Con este fin, los juristas proceden, mediante la ayuda de sus métodos científicos, a elaborar abstracciones de primer grado a partir de las normas legales (material de base) y logran así formular conceptos jurídicos claros y precisos. Por último, el dogmático se limita a descubrir la regla general que será aplicada al caso concreto. Para esto, realiza la integración sistemática, coherente y dinámica de los conceptos propios al orden jurídico.

148 Al respecto, hay que aceptar que se encuentra muy enraizada, sobre todo entre nosotros, la convicción de que la función del jurista no es otra que la de descubrir, mediante el análisis de conceptos, las soluciones implícitas en el derecho positivo. Así mismo, que se admite aún una "significación realista" de los conceptos jurídicos; es decir, se cree que tales conceptos son conformes a las estructuras del mundo real. Además, que se afirma, con frecuencia, que los juristas describen el derecho positivo de manera objetiva y neutral. Por último, hay que tomar conciencia de que la persistencia de estas ideas y la opacidad del debate son el resultado de que no se ha esclarecido en qué consisten las funciones de la dogmática.

149 De manera abreviada, puede afirmarse que la dogmática tiene doble función, una declarada y la otra latente u oculta. La primera, la "oficial" consiste en describir el derecho positivo. La segunda, es la de reconstruir el sistema legal despojándolo de sus imprecisiones. Esta dicotomía crea dificultades. Ante todo, debido a que la eliminación de las imprecisiones de la ley conduce necesariamente a escoger como correcta una de las soluciones que se deducen de ésta. Luego, porque este acto de escoger no se realiza mediante el simple análisis descriptivo del derecho positivo, ni sin que el jurista tenga que determinar el grado de conformidad axiológica de

[152] Nino, 1974, p. 21 ss.; Troller, 1968, p. 23.

las diversas alternativas. Esta dificultad no puede ser superada dando la preponderancia a una de las funciones (la de describir o la de reconstruir el derecho positivo), en detrimento de la otra. Se trata, por el contrario de asumir al mismo tiempo las dos funciones de la dogmática, que deben ser cumplidas con rigor. Esta dimensión práctica hace que la dogmática pueda también ser concebida como una técnica, lo que le atribuye en gran parte el prestigio que se le reconoce[153].

La descripción del derecho positivo será acertada, en la medida en que sean presentados con claridad los diversos resultados obtenidos mediante la interpretación de la ley; en lugar de tratar de convencer que uno sólo de estos resultados es el correcto o posible. En esta perspectiva, debe evitarse hablar de principios, conceptos y teorías como si formasen parte del sistema positivo, cuando no son, en realidad, más que productos elaborados por la misma dogmática. 150

La reconstrucción del sistema legal sería más satisfactoria si no fuera concebida como el hecho de explicitar el contenido latente de las reglas jurídicas, sino más bien como el análisis abierto de los juicios de valor en que se basan las soluciones dogmáticas. De esta manera, se evitarían al menos dos críticas importantes: primero, el abuso del "juridismo". Es decir, el "recurso a ficciones que son tomadas luego como realidad y que, debido al abuso de razonamientos abstractos, ocultan, por el contrario, la realidad de la criminalidad". Segundo, el ocultamiento de la toma de posiciones axiológicas subyacentes en la renovación del derecho positivo. Esta simulación del aspecto esencial de la labor del jurista constituye un obstáculo para la discusión exhaustiva y franca sobre la justificación del criterio axiológico adoptado. Hace, también, imposible elaborar un sistema coherente de valores implícitos en las proposiciones dogmáticas destinadas a renovar la estructura del sistema jurídico positivo. 151

La toma de conciencia de las dos funciones que tiene la dogmática, así como de su real cumplimiento, exigen del jurista, en general, y, en particular, de los penalistas, una visión más modesta teniendo en cuenta que las concepciones que elaboran no son verdades absolutas. Se trata más bien de proposiciones destinadas a ayudar al legislador, juez e intérprete para encontrar la respuesta adecuada a los problemas jurídicos. 152

[153] Nino, 1974, p. 9 ss.

153 El dogmático parte de la ley, considerándola como fundamento y límite, estudia el contenido conceptual de los principios jurídicos, sistematiza su material, recurriendo a la jurisprudencia[154] y opiniones doctrinales. Una descripción y sistematización de normas jurídicas positivas, como lo sostiene Gioja, no satisface el saber del derecho. También se requiere conocer sus efectos en las conductas efectivas de los hombres, su influencia sobre otras valoraciones como las morales y sus motivos constituyentes[155]. La tarea de los juristas no se limita a describir el conjunto de normas vigentes o la manera como son aplicadas por los tribunales. Ellos cumplen, asimismo, una labor consistente en precisar el significado de los enunciados normativos, en eliminar sus contradicciones, en subsanar sus insuficiencias[156]. Esto no se realiza, ni debe efectuarse sin explicitar los criterios axiológicos que sirven de base.

154 La dogmática penal sirve, de esta manera, para un mejor conocimiento del sistema normativo y para garantizar su aplicación coherente e igualitaria, concurriendo así a la proyección de una correcta política criminal.

III. Criminología

155 De acuerdo con nuestros objetivos, nos limitaremos a indicar algunos aspectos que justifican relacionar estrechamente la criminología con la política criminal y el derecho penal. Esta descripción esquemática y, en buena parte arbitraria, sólo busca destacar el contexto humano del derecho penal. A diferencia de la dogmática penal, la criminología se ocupa del estudio del fenómeno delictuoso, de la reacción de la sociedad, investigando sus causas, su significación en la vida del individuo y de la comunidad y, así mismo, de la personalidad del delincuente, de sus características físicas y psíquicas, de su desarrollo y de sus posibilidades de tratamiento. Para alcanzar sus objetivos, recurre a los diversos métodos que ofrecen las ciencias naturales y sociales.

156 Desde sus orígenes y hasta hace unas décadas, las investigaciones criminológicas estaban orientadas, sobre todo, hacía el estudio de la delincuencia en tanto que fenómeno individual y social. Hoy en día, el objeto principal

---

154 Prado Saldarriaga, 1999, p. 17 ss.

155 Gioja, 1973, T. II, p. 42.

156 Nino, 1980a, p. 65; idem, 1980b, p. 321. Este autor afirma que la función principal de la dogmática es la creación de derecho y que esta constatación debe ser tomada en cuenta por cualquier modelo de investigación jurídica que proponga, más allá de los perjuicios acerca de su presunto carácter científico.

de estudio son el control social y los órganos que lo ejercen. Así, la etiología de la delincuencia ha dejado de ser la preocupación central. Ésta se dirige más bien hacía la reacción social que condiciona el hecho de que se califique de criminales a las personas y como delitos sus comportamientos. *Grosso modo*, es posible distinguir una corriente centrada en el delincuente y su comportamiento de otra dirigida hacía el fenómeno de la criminalización.

Veamos, brevemente, las orientaciones y los progresos de las investigaciones 157
criminológicas. La reacción contra la concepción metafísica de la Escuela Clásica del derecho penal fue provocada por el desarrollo de las ciencias humanas y sociales y fue encabezada por la llamada Escuela Positiva. Bajo su amparo surgió la criminología tradicional, la misma que evolucionó en direcciones divergentes de acuerdo con la ciencia que les servía de base (antropología, biología, psicología o sociología).

1. Biología criminal

Lombroso[157], médico, orientó sus trabajos hacía la persona del delincuente. 158
Consideró que la delincuencia era un fenómeno atávico, generado por deformaciones biológicas y que, en consecuencia, el delincuente era un "criminal nato", miembro de una especie particular del género humano[158]. Si bien matizó sus concepciones recurriendo a nociones sociológicas y psicológicas, no abandonó su preocupación biológica y antropológica central[159].

Las investigaciones destinadas a determinar las causas biológicas del com- 159
portamiento delincuente, han sido continuadas sin gran éxito[160]. Sin olvidar los estudios puramente anatómicos[161] y caracterológicos[162], pensamos, en particular en tres trabajos que lograron notoriedad. En primer lugar, las investigaciones realizadas sobre los comportamientos de gemelos[163] de

157 LOMBROSO, 1896-1897.

158 El título de la principal obra de CESARE LOMBROSO muestra con claridad su pensamiento: *L'uomo delinquente studiato in rapporto all'antropologia, alla medicina legale e alle discipline carcerarie.*

159 Cfr. LOMBROSO CESARE/FERRERO GUGLIELMO 1893. Cfr. KILLIAS, 1991, N° 514 ss.

160 Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 1988, 333 ss.

161 Cfr. p. ej., los estudios de PERRIER, de inicios del siglo XX, sobre la talla, el busto, los pies o la contextura de los delincuentes.

162 MANNHEIM, 1973, I, p. 275 ss.

163 LANGE, 1929; STUMPFL, 1936; KRANZ, 1936; ZERBIN-RÜDIN, 1984.

bagaje hereditario similar. En los años 30, se llegó a la conclusión que, en el caso de los gemelos univitelinos, la coincidencia de comportamientos criminales era más frecuente que en el de los gemelos bivitelinos. Mediante estas investigaciones, se quiso demostrar la justeza de una hipótesis exagerada que consideraba a la herencia fuente de toda criminalidad.

160 El mismo objetivo fue perseguido por los estudiosos de las aberraciones cromosómicas[164], que pueden resultar de un defecto (ausencia de un cromosoma) o de un exceso (presencia de un cromosoma suplementario o supernumerario). Estas aberraciones se manifiestan por un desequilibrio del organismo y tienen consecuencias desastrosas en su desarrollo. Observando las estadísticas de la criminalidad, se afirmó que la aberración por exceso sería la más frecuente. Así mismo, se creyó descubrir en los delincuentes habituales peligrosos un cromosoma excedente "y", que fue de inmediato calificado de "cromosoma asesino". Estas perturbaciones resultarían de un funcionamiento defectuoso de las células cerebrales afectadas por la presencia, en su núcleo, de este cromosoma sobrante y determinarían que su portador cometiera actos violentos[165].

2. Sociología criminal

161 Contra esta manera de concebir y explicar la criminalidad, se afirmó que el delincuente y el comportamiento criminal no deben ser observados como fenómenos aislados, ya que ambos se encuentran condicionados por factores externos. A pesar de estas críticas y de la poca influencia que esta concepción ha tenido en la política criminal y en la legislación, generó en la opinión pública el prejuicio consistente en creer que el delincuente es reconocible por su apariencia externa. Creencia que tiene aún efectos negativos en la reacción social contra la delincuencia.

162 Ferri[166], otro promotor del positivismo italiano, se preocupó sobre todo por explicar la delincuencia desde una perspectiva social, sin dejar del todo de lado las causas biológicas y psíquicas. En su opinión el delincuente estaba fatalmente determinado a delinquir y era responsable por el simple hecho de vivir en sociedad. Por tanto, propuso "substitutos penales" en lugar de las penas y los definía como medidas de prevención destinadas a desalentar la criminalidad.

---

164 Valentine, 1968; Murken, 1973; Graven, 1968, N° 4, p. 277.

165 Cfr. al respecto Fox, 1971, p. 59 ss.; Moor, 1967, p. 116 ss.

166 La obra capital de Ferri es "La sociologia criminale".

En la evolución de la criminología, la corriente sociológica ha tenido una gran influencia. Entre las principales investigaciones sociológicas, debemos mencionar la teoría de la "asociación diferencial" de Sutherland[167]. Según este autor, el comportamiento criminal es una conducta aprendida. El aprendizaje comprende dos etapas: primero, la enseñanza de las técnicas de comisión de la infracción y segundo, la orientación de los móviles, tendencias impulsivas y diversas inclinaciones. Las posibilidades de que una persona se transforme en criminal estarían así en relación con la naturaleza, la intensidad y la duración de sus diversos contactos con quienes cometen delitos y consideran esta actitud como correcta. Sin embargo, es indispensable subrayar que, para Sutherland, el proceso de socialización o de asimilación cultural es el mismo en el caso del delincuente que en el de las demás personas. 163

El sujeto deviene delincuente porque no tiene ante sí un modelo no criminal. De manera más general, cada individuo asimila invariablemente la cultura del medio en que vive, a menos que otros modelos no vengan a oponerse a esta cultura. Es decir, que la formación criminal por asociación no se adquiere sólo por imitación sino también mediante los otros mecanismos presentes en todo proceso de formación. 164

En opinión de Cohen[168], el comportamiento delictuoso tiene su origen y se desarrolla, más bien, al interior de una "subcultura criminal". Los grupos delincuentes producen valores y normas propias contrarios a las normas de la cultura predominante. La oposición no es sólo negativa en la medida en que supone la elaboración de "modelos paralelos" de comportamiento. El acto delictuoso sería así una alternativa y no simplemente una desviación. Refiriéndose a la delincuencia juvenil, afirma que la estructura social genera esa oposición a la cultura dominante, sin que los agentes tengan objetivos económicos. 165

Sobre la base de los trabajos de Durkheim y Parson[169], Merton afirma, según su tesis de la anomia social, que el comportamiento delictuoso está condicionado por los insuficientes medios legales ofrecidos por la sociedad a ciertos grupos de personas para alcanzar el estado de bienestar material que promete para todos. De modo que hay un desacuerdo entre los fines (la cultura) y los medios (la sociedad), debido a que todas las personas no dis- 166

167 Sutherland, 1924; Sutherland, 1966; Cfr. Kinberg, 1960.

168 Cohen, 1955; Short/Albert, 1974, p. 372.

169 Merton, 1949.

ponen de los mismos recursos. Es decir, no tienen las mismas posibilidades de acceso al bienestar social. Este desequilibrio entre los fines propuestos y los medios legítimos ofrecidos para alcanzar dichos fines, constituye la anomia. Esta situación empuja a ciertas personas a recurrir a medios ilícitos para lograr tales objetivos. La sociedad se caracteriza, en consecuencia, por una ruptura en su estructura sociocultural. Merton va aún más lejos en sus conclusiones respecto a la manera como la anomia social influye en el comportamiento del individuo. Lo hace mediante la descripción de modelos de adaptación individual.

167 El aspecto positivo de las explicaciones sociológicas consiste en ofrecer un buen número de medios de análisis para comprender mejor la criminalidad. Su orientación común no impide que fracasen al tratar de explicarla de manera homogénea. Su afán de buscar identificar el factor criminógeno decisivo les impide percibir la complejidad de los factores que se encuentran en sus orígenes. En todo caso, hay que destacar que todas estas explicaciones no tienen como objetivo suministrar una justificación concreta del comportamiento delictuoso individual. Su objetivo es aclarar en qué consiste el fenómeno social de la delincuencia y, así, facilitar la comprensión de los casos particulares.

3. Psicología criminal

168 Frente a las explicaciones sociológicas, se han desarrollado análisis psíquicos. Así, mediante el análisis detallado del aspecto psicológico del comportamiento criminal se ha tratado de responder a una pregunta capital, que había sido dejada de lado por las tesis biológicas y sociológicas: ¿Por qué las personas sometidas al mismo condicionamiento biológico o social no siempre se convierten en delincuentes? Los psicólogos tratan de responder a esta pregunta investigando por qué la adaptación social del criminal no es igual a la de las demás personas[170].

169 La orientación psicológica, desarrollada a partir de la teoría de Freud (psicoanálisis clásico) y las doctrinas de Jung y Adler, destaca la importancia de los conflictos afectivos y del desarrollo sexual en el origen de traumatismos y, por lo tanto, de complejos (p. ej., el complejo de Edipo), que pueden conducir a cometer delitos. Junto a esta concepción, cabe mencionar también la corriente fenomenológica construida sobre la base del análisis y de la

[170] Echène, 1975; Muss, 1975; Alexander/Strauss, 1929; Jean Piaget, 1970; Pinatel, 1954, N° 2, p. 281.

interpretación clínica de la relación interindividual e inspirada en las ideas filosóficas de la fenomenología y del existencialismo (Husser, Heidegger, Jaspers). Así mismo, la orientación tipológica, basada en las doctrinas constitucionalistas que elaboraron las "tipologías criminales". Por último, señalemos la tendencia behaviorista que busca, a partir de indagaciones sobre la fisiología cerebral, explicar el comportamiento humano.

4. Concepciones mixtas

Como reacción contra la explicación unilateral propuesta sobre una base sólo psicológica, se presentan las corrientes de orden psico-social y psico-fisiológico. Por ejemplo, las teorías de la inadaptación social diferencial de Sutherland, de los conflictos de cultura de Sellin, ecológica de Shaw y Mckay, la orientación fenomenológica de Greeff o Hesnard. Así, la evolución de la criminología tradicional fue orientada hacia la síntesis de las corrientes bioantropológicas, sociológicas y psicológicas. 170

5. Teoría de la estigmatización

Buscar la causa del crimen en la persona del delincuente (concepciones biológica o psicológica) o en las condiciones sociales en que se desenvuelve (concepciones sociológica y psico-sociológica) supone la certeza de que es posible distinguir las personas delincuentes de las que no lo son. Dicho de otro modo, es necesario identificar al hombre criminal o al grupo criminal. 171

La factibilidad de dicha distinción ha sido cuestionada por las investigaciones realizadas sobre la denominada "cifras negras" de la criminalidad[171]. Estos trabajos han demostrado que numerosos comportamientos delictuosos permanecen ignorados y que, en consecuencia, un buen número de delincuentes no son identificados ni castigados. Ellos cohabitan con las personas no-criminales, sin que sea posible saber quienes son. 172

De ser aceptada esta descripción, sería indispensable reconocer que todas las teorías destinadas a detectar el o los estigmas del delincuente no tienen objeto real de estudio. Esta es, al menos, la opinión de los sustentadores de la teoría de la estigmatización o del etiquetamiento (*labeling approach*)[172]. 173

---

171 BLANKENBURG/SESSAR/STEFFEN, 1978; KÜRZINGER, 1978; Cfr. BERND-RÜDIGER, 1978, p. 36 ss.; HAFERKAMP, 1972.

172 SAC, 1972, p. 3; KECKEISEN, 1974; BORGHI, 1980, p. 28 ss.

Los criminales en sí no existirían. Se trataría sólo de personas marcadas por un proceso llevado a cabo por las instituciones encargadas de la reacción social contra el delito (policía, Ministerio Público, jueces, etc.)[173]. Un individuo deviene criminal mediante un proceso de etiquetaje llevado a cabo por los órganos encargados de la represión. Se trata de un estereotipo resultante del fenómeno de la criminalización, el cual es una creación de orden social. Si se desarrollan estas teorías hasta sus últimas consecuencias, se concluye admitiendo la abolición del derecho penal[174], preconizada sobre todo por Hulsman, quien propone reemplazar la categoría de infracción por la de situación-problema[175].

174 Estas teorías de la reacción social han aportado un buen número de informaciones y análisis positivos, en especial por haber estudiado el crimen o la desviación en su contexto de interacción social. Sin embargo, no justifican ni el abandono de las investigaciones realizadas según las orientaciones tradicionales de la criminología, ni la renuncia al sistema punitivo legal. Si es verdad que no se puede, sólo a través de los hechos o de las normas legales, discernir al delincuente o el acto delictuoso, es también inaceptable que la identificación de una persona en tanto que delincuente sea únicamente la obra de las instancias del control social. Si, desde un punto de vista formal, la desviación es efectivamente una creación social, ésta no es arbitraria y se basa en la índole perjudicial de los comportamientos, lo que resulta evidente, por ejemplo, en la incriminación de actos como el homicidio, el hurto, las lesiones corporales, la violación.

175 Si la estigmatización fuera el único medio para detectar la delincuencia, "las cifras negras de la criminalidad" serían inconcebibles. Los actos ignorados no podrían ser calificados de "crímenes" y los autores desconocidos no merecerían la de "criminales" mientras no hayan sido etiquetados por los órganos de control social. La teoría de la estigmatización tiene el efecto no deseado de neutralizar el argumento crítico que ella misma ha formulado contra las teorías biológicas, psicológicas y sociológicas, consistente en denunciar la ausencia del objeto preciso de análisis. Los estudios criminológicos deben comprender, con la ayuda del método comparativo, todos los aspectos de la delincuencia y tanto las circunstancias sociales y personales que condicionan su aparición, como los medios penales empleados para

173 Cfr. Becker, 1963; Schur, 1971.

174 Gassin, 1988, p. 219.

175 Cfr. Hulsman/De Celis, 1982.

combatirla y las consecuencias de la utilización de éstos en el sistema punitivo[176].

La delincuencia y el delincuente son fenómenos reales aunque no sea posible delimitar la primera de manera precisa, ni identificar el segundo con la ayuda de criterios unívocos. No obstante, es cierto que, actualmente, no se puede continuar ignorando ingenuamente el efecto estigmatizador del sistema penal. La elaboración de una política criminal eficaz y el desarrollo de un derecho penal conforme a la dignidad de la persona suponen que se tomen en consideración, de manera crítica y coherente, los resultados alcanzados por las diversas investigaciones criminológicas. 176

En el marco de una correcta política criminal, se puede intentar armonizar el derecho penal y la criminología teniendo en cuenta los imperativos del primero y los datos de la segunda. Pues existe una vinculación estrecha y una integración recíproca entre el derecho penal y la criminología. Si los aportes de las investigaciones criminológicas deben inspirar la elaboración del derecho penal, las leyes penales proporcionan el punto de partida de las investigaciones criminológicas, ya que es a partir de la aplicación de éstas que la criminología puede estudiar los delitos y los delincuentes[177]. 177

Una lucha eficaz contra la delincuencia es imposible sin un buen conocimiento de la realidad de la criminalidad. Al respecto, Ancel dice con razón que "el problema no consiste por tanto, como lo han creído algunos espíritus simplistas, en la supresión del derecho penal o en la subordinación absoluta del jurista a la criminología, sino en la utilización racional en el ámbito jurídico de los diferentes datos de la ciencia criminológica"[178]. 178

IV. Política criminal y realidad social

La descripción que hemos hecho, de manera esquemática, de como el Estado ha reaccionado legislativamente frente al fenómeno delictivo, no puede ser bien comprendida si no se tiene en cuenta el contexto sociopolítico en que se produce. Este libro no es donde deba analizarse en extenso esa realidad. Pero, así como lo hacemos más adelante, al presentar la 179

176 Haferkamp, 1987, p. 172 ss.

177 Bouzat/Pinatel, 1975, III, p. 6.

178 Ancel, 1981, p. 18 ss.; Killias, 1991, N° 105, afirma que "cada una de las dos disciplinas busca responder a las preguntas que le son propia: se complementan y no competidoras".

evolución histórica de nuestro derecho penal, creemos conveniente hacer las siguientes reflexiones.

180 Aunque sea una verdad trivial, no se puede dejar de decir, que el orden jurídico, en general, y el penal, en particular, están vinculados, estrechamente, a la realidad social, económica y cultural del país. Todo cambio socio económico y político repercute en la legislación y en la administración de justicia. Esta vinculación se refleja, también, respecto a la labor que realizan los juristas. La concepción doctrinaria que elaboren no puede dejar de tener en cuenta estas circunstancias. De igual manera, no es posible -sin un adecuado conocimiento de la realidad- construir y aplicar una Política criminal coherente y eficaz.

181 Para analizar las relaciones entre los factores sociales y el sistema punitivo, es indispensable tener en cuenta la diferencia notoria e inmensa que existe entre los países desarrollados y los subdesarrollados. En nuestro caso, sobre todo, porque las explicaciones doctrinarias, formuladas con pretensiones de universalidad, son el resultado de la labor de los juristas de los países europeos. Sus explicaciones y conclusiones deben ser constantemente confrontadas con nuestra realidad.

182 El cambio es un elemento propio de todo grupo social. Su naturaleza e intensidad varían en función de la sociedad en la cual se produce. En las sociedades desarrolladas, el progreso de orden científico y técnico genera modificaciones sociales profundas, que repercuten de manera evidente en la legislación. Es el caso, por ejemplo, de la evolución de la informática, de los medios de comunicación y de la genética. La libertad de las personas, la formación de su personalidad y su supervivencia son afectadas, directamente, por estos progresos: así, por ejemplo, la invasión de la pornografía gracias a la electrónica y las experiencias de fecundación humana en probetas. La estabilidad social y política reinante en esos países permite canalizar los cambios evitando perturbaciones sociales de carácter radical.

183 Diferente es la situación en los países subdesarrollados, donde el contexto socio-económico se caracteriza por una violencia e inestabilidad subyacentes en todo el sistema. Las desigualdades sociales son enormes. La desocupación es crónica y afecta a una gran parte de la población. La organización política es insuficiente, no ofreciendo a las personas la posibilidad de participar en el gobierno del país. Esta descripción, necesariamente esquemática, debe ser apreciada considerando que la estructura social de estos países no es homogénea. En su interior, existen zonas más

ricas que otras, vinculadas de manera peculiar entre ellas y con los países desarrollados.

En el Perú, constituye un factor decisivo las poblaciones indígenas de las zonas andina y amazónica. La pluralidad étnica y cultural del país ha determinado que, constitucional y legislativamente se estatuya la pluralidad jurisdiccional, en la medida en que se reconoce a las comunidades indígenas y nativas la competencia de aplicar su derecho consuetudinario (art. 149 Const.). De modo que el Estado central no es el único en ejercer el control de la población, el poder de crear disposiciones jurídicas y en combatir los comportamientos delictuosos. La pluralidad cultural y jurisdiccional origina problemas de control social y de aplicación del derecho penal oficial; un caso particular es el referente a las denominadas rondas campesinas (sobre todo a las que no pertenecen a una comunidad campesina o nativa), las cuales exigen y asumen, en la práctica, funciones que, en principio, corresponden a los órganos estatales. 184

Un aspecto social muy importante es, igualmente, las relaciones desequilibradas y discriminadoras entre mujeres y hombres. Los movimientos feministas, defensores de los derechos de las primeras, han influenciado de manera importante las políticas sociales y legislativas. En el ámbito penal, han impulsado reformas dirigidas a eliminar los tratamientos discriminatorios respecto a la previsión de determinados delitos (p. ej., contra la integridad sexual, la familia) o a la fijación y aplicación de sanciones penales. 185

Un Estado inestable y pobre no dispone de medios suficientes para realizar una política criminal eficaz. Frente a la delincuencia común, una de cuyas causas es el orden económico, el Estado tiene como medio de lucha más accesible el poder punitivo en su aspecto puramente represivo. La amenaza penal deviene indispensable. Se recurre a sanciones severas para tratar de limitar el avance de la criminalidad. Con el fin de alcanzar este fin de prevención general, el Estado multiplica las disposiciones penales. Así, por ejemplo, éstas figuran en casi todas las leyes de orden económico, laboral o administrativo. 186

La hipertrofia de la legislación penal provoca la intervención frecuente de los órganos judiciales y policiales. La consecuencia normal es el retardo en la administración de justicia. La maquinaria judicial no está en condiciones de despachar tan elevado número de procesos, muchos de naturaleza grave. A pesar de la ausencia de estadísticas oficiales seguras, se puede estimar que la gran parte de detenidos en las cárceles no han sido juzgados y, por tanto, no condenados. 187

188 La severidad de la pena prevista en la ley respecto del acto imputado al detenido determina las condiciones de su detención. Lo mismo puede decirse de la pena requerida por el Ministerio Público -determinada a su vez por la fijada legislativamente- que condiciona el juzgamiento del acusado. Así se origina un círculo vicioso de consecuencias desastrosas para quien es privado de su libertad como un simple sospechoso.

189 El problema se origina no tanto debido a la incapacidad funcional de los órganos de juzgamiento o del número de funcionarios, sino, sobre todo, al carácter eminentemente represivo del sistema penal. Además, su aplicación es realizada de acuerdo con reglas procesales deficientes e incompletas que los magistrados interpretan de manera demasiado legalista. Aunque las leyes procesales y también la Constitución consagran los principios fundamentales del derecho liberal y a pesar de que éstos son, con frecuencia, invocados por los jueces en sus resoluciones, es innegable que muchas veces son desnaturalizados. Así, la presunción de inocencia del inculpado pierde casi toda su significación cuando, antes de declararlo inocente, se le somete a una larga detención preventiva y no se le indemniza. Lo mismo sucede con el principio *in dubio pro reo*: en relación con el tráfico de drogas o de terrorismo, por ejemplo, los jueces de primera instancia prefieren -cuando dudan sobre la responsabilidad del inculpado- condenarlo para evitar -en caso de absolución- la suspicacia de corrupción y dejar, de esta manera, la decisión definitiva en manos de la instancia superior.

190 La suerte del inculpado, sospechoso de ser responsable de una infracción, está determinada -en la mayor parte de los casos- por la manera cómo la Policía ha hecho sus constataciones. La investigación policial realizada, casi siempre, luego de haberse producido el delito, constituye la fuente de la obtención de las fuentes de prueba. La intervención y la vigilancia del Ministerio Público se orienta a darle las garantías mínimas. De modo que la investigación a cargo del juez instructor, prevista en el CdePP, en la práctica ha demostrado ser una tardía e incompleta repetición de la investigación policial. Esta situación ha tratado de ser modificada, mediante el NCPP, dándose la conducción de la investigación preliminar y la investigación preparatoria al Ministerio Público. Sin embargo, en la práctica, contrariamente a lo prescrito en la ley (art. IV del NCPP), éste delega a la policía la realización de las investigaciones, sin que la controle directa y efectivamente.

191 Por tanto, el papel de la Policía en el funcionamiento del sistema punitivo es capital. Su importancia práctica sobrepasa los límites legales de su poder,

pues, es el órgano estatal confrontado directamente contra la delincuencia y con toda actividad política subversiva. Este poder de policía ya no puede ser comprendido sólo en el sentido estrecho en que era concebido en el derecho administrativo. Su carácter multifacético constituye su principal peculiaridad.

La naturaleza particularmente represiva de la legislación penal, la frecuencia con que se ordena la detención de los inculpados, la lentitud con que se desarrollan las investigaciones y se llevan a cabo los juzgamientos, son causas determinantes de la sobrepoblación de los establecimientos carcelarios. Estos no son sino simples depósitos donde los detenidos (condenados o no) sobreviven en condiciones inhumanas. 192

La incipiente política penitenciaria no es realizada en función de las necesidades del país. La contenida en el Código y en el CEP constituye -por ejemplo- una utopía, pues, resulta ilógico pretender organizarla de acuerdo con las exigencias de una ciencia penitenciaria elaborada conforme a las posibilidades de los países económicamente desarrollados. Como sucedió en los demás países latinoamericanos, en el Perú también se hicieron prisiones "modelos". Construidos en la Capital, tales establecimientos funcionaron poco tiempo según el sistema de detención previsto. El número de detenidos aumenta, las instalaciones se deterioran y la administración del establecimiento deviene imposible. Esto permite comprender por qué las autoridades están obligadas a realizar, periódicamente, "censos penitenciarios" con la finalidad de saber, cuántos detenidos hay o quedan en la prisión. 193

Los resultados de los esfuerzos realizados por los funcionarios son poco positivos, debido a que no ejercen, en la práctica, un control eficaz al interior de las prisiones. Los detenidos se organizan en bandas, dirigidos o sometidos por los más peligrosos, con el fin de dominar la vida de la prisión. Es así como el tráfico ilícito de drogas y de bebidas alcohólicas se instala, contando con la complacencia o complicidad de funcionarios o empleados del mismo establecimiento. 194

La realidad penitenciaria influye mucho en la marcha de la administración de justicia. La investigación judicial y el desarrollo del juzgamiento son con frecuencia perturbados por la ausencia del procesado. Esto es consecuencia de la desorganización de las prisiones. Es suficiente que para evitar comparecer, por diversos motivos, el procesado no responda cuando vienen a buscarlo o no sea simplemente llamado por el o los detenidos que asumen 195

de facto esta función. De donde surge la necesidad de realizar los juzgamientos en los establecimientos penales mismos, con las desventajas que acarrea en detrimento del debido proceso.

196 Es evidente que en estas condiciones, personales y materiales, los establecimientos de reclusión no cumplan con los fines de resocialización o de reeducación. Ni siquiera, con el objetivo primario de aislar a los detenidos de su medio. Éstos son corrompidos moralmente y también destruidos físicamente. ¿Qué hacer ante tal situación? Responder seriamente supone la realización de estudios suficientes sobre la realidad delictiva y la capacidad del Estado para actuar eficazmente. La falta de dichos análisis no nos permite evitar ensayar una respuesta provisional. Se podría pensar -en primer lugar- que sería necesario multiplicar el número de "prisiones modelos" o desarrollar un programa educativo en favor de los detenidos. Pero, todas estas buenas intenciones, además de inadecuadas a nuestra realidad, están en desacuerdo con la capacidad económica del Estado, que no puede alojar, alimentar, educar y dar trabajo a las personas honradas. En segundo lugar, podría pensarse si no sería, por último, preferible concebir una política penitenciaria y, de manera general, una política criminal más modesta en sus pretensiones y adaptada a la realidad de los países subdesarrollados.

197 En el dominio penitenciario, parecería suficiente, debido a la mala situación económica, tratar de construir una red de establecimientos -aun rudimentarios- que permitieran practicar una detención en condiciones higiénicas y morales satisfactorias. De esta manera, se lograrían respetar, al menos, los derechos fundamentales de la persona. Dichos establecimientos deberían dar la seguridad a la persona que es internada que no será olvidada y que saldrá en buen estado de salud o, al menos, en el mismo que ingresó. Toda promiscuidad debería ser evitada.

198 Esta reflexión no tiene otra pretensión que la de difundir algunas apreciaciones fruto de la experiencia personal; así como la de incentivar el estudio de nuestra realidad delictiva y de nuestro sistema punitivo. Sin este estudio, el desarrollo de la doctrina y la elaboración de las leyes penales continuarán siendo incompletos e improductivos.

199 Para terminar, señalemos que ante la intensificación de la delincuencia violenta, organizada y, así mismo, la internacional, se ha propuesto constituir un sistema represivo apropiado, el mismo que se caracterizaría, sobre todo, por el abandono en gran parte de las garantías del derecho penal liberal y por el recurso a penas muy severas. Los partidarios de esta idea hablan

de "derecho penal del enemigo"[179]. El enemigo es identificado de manera diversa según los criterios ideológicos que se manejan. Con este objeto se hace referencia a personas que, mediante su actividad delictuosa, se sitúan en una oposición radical a los valores y normas de la sociedad. Esta caracterización de este sector social permite considerarlos como desleales al sistema, marginales o extraños a la comunidad; es decir, como sus enemigos, negándoseles su condición de persona.

En consecuencia, la sociedad necesita recurrir a medios extremos para neutralizarlos y, así, mantener el sistema social. Esto no significaría, según sus defensores, el abandono total de la juridicidad, pues debe llevarse a cabo respetando ciertas formas procesales mínimas tanto en el juzgamiento como en la ejecución de las penas. Así, se afirma, sólo se negaría parcialmente la condición de persona del enemigo. 200

El derecho penal de enemigo se caracteriza, en esta perspectiva, por la previsión de penas altamente severas, aún para reprimir comportamientos que no representan ningún peligro para terceros o la comunidad, y la supresión o el debilitamiento de garantías procesales fundamentales. 201

Si bien respecto a estas previsiones cabe preguntarse si son compatibles con el sistema fundado en la Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos, la cuestión capital es previa: quién y cómo decretará quién debe ser calificado como enemigo; más precisamente a quién debe serle negada, total o parcialmente, su condición de persona[180]. La respuesta puede, por ejemplo, ser los delincuentes sexuales, traficantes de drogas, corruptos, secuestradores. La razón sería que, ya el mismo Código, prevé penas severísimas para sus autores. Pero esto significaría que quien ejerce el poder punitivo, como parte del poder político que detenta, será también quien escoja a los enemigos y para sancionarlos más fácil y severamente les prive de ciertas garantías procesales esenciales. 202

No es difícil imaginar los abusos que puede provocar la aceptación de dicho derecho penal del enemigo. Baste recordar que para reprimir al terrorismo 203

179 Consultar los diversos trabajos compilados en Cancio/Gómez-Jara (coords.), 2006. Propugna esta idea Jakobs, 2006, p. 93 ss. Sigue en parte esta orientación, Silva, 1999, p. 163 ss.; García Cavero, 2008. p. 145 ss. En contra, Cancio, en, Jakobs/Cancio, 2003, p. 78 ss.; Maqueda, 2003, p. 11, Diez Ripollés, 2004, p. 1 ss.; Prittwitz, Cornelius, Derecho penal del enemigo ¿análisis crítico o programa del Derecho penal?, en Mir Puig/Corcoy Bidasolo (edits.), 2004, p. 107 ss.; Schünemann, 2001, p. 205 ss.

180 Garcia Cavero, 2006, p. 925 ss.

se fue progresivamente ampliando el número de comportamientos que debían ser reprimidos como traición a la patria: no sólo el hecho de cometer un atentado con explosivos contra las personas y bienes, sino también el de, como docente, reclutar jóvenes para la lucha armada. Detrás de esta política represiva está presente la idea de que existen tipos de individuos que pueden ser clasificados según categorías delictivas: terrorista, traficante, asaltante, corrupto, etc.

204 La discriminación fundada en la negación de la condición de persona a cualquiera, comprendidos los delincuentes más peligrosos, contradice el art. 1 de la Constitución, en el que se declara que la "defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado". En esta perspectiva, hay que relevar que el Tribunal Constitucional[181] ha establecido que "la política de persecución criminal de un Estado constitucional democrático no puede distinguir entre un Derecho penal de los ciudadanos y un Derecho penal del enemigo; es decir, un Derecho penal que distinga, en cuanto a las garantías penales y los fines de las penas aplicables, entre ciudadanos que delinquen incidentalmente y desde su *status* en tanto tales, de aquellos otros que delinquen en tanto se ubican extramuros del Derecho en general y son, por ello, considerados ya no ciudadanos sino más bien enemigos. Para los primeros son aplicables los fines constitucionales de las penas antes aludidas, mientras que para los segundos, no cabe otra alternativa más que su total eliminación. Evidentemente, esta concepción no puede ser asumida dentro de un Estado que se funda, por un lado, en el derecho-principio de dignidad humana y, por otro lado, en el principio político democrático".

205 Si algunas de las reglas penales, sustantivas o procesales, se fundan en la negación de la condición de persona, su aplicación debe tener lugar o ser restringida a los límites establecidos por el respeto a los derechos humanos. Su existencia y aún admisión puntual por cualquier instancia judicial no puede justificar que se instaure un derecho penal excepcional. La seguridad personal y colectiva, indispensable para la vida comunitaria, no debe garantizarse con medios que contradigan flagrantemente los principios básicos del Estado de derecho.

206 El recurso a un "derecho penal del enemigo", sobre todo en nuestros países, no ha necesitado la elaboración sofisticada de una teoría particular. La ne-

[181] STC del 09 de agosto de 2006, Exp. N° 0003-2005-PI/TC, F.J. 16.

cesidad de combatir los movimientos de rebelión armada y, en particular, el terrorismo, ha conducido a la promulgación de leyes cada vez más severas y a la organización de un sistema procesal expeditivo. Con la denominación "derecho penal del enemigo" se corre el riesgo de velar y hasta justificar ese "derecho de emergencia", paralelo y ajeno al derecho penal propio de un régimen democrático.

§ 3 Evolución del derecho penal peruano

I. Introducción II. Conflicto cultural y conquista española. III. Imposición del derecho español. IV. Recepción del derecho foráneo en la República. V. Pluralismo. VI. Evolución de las concepciones legislativas. VII. Pluralismo y legislación penal. VIII. Evolución de la legislación penal en el Perú. 1. Proyecto de Código Penal de Manuel Lorenzo de Vidaurre. 2. Código Penal de Santa Cruz. 3. Código Penal de 1863. 4. Marco doctrinario y legislativo de la reforma. a. Fuentes legales. b. Factores de la recepción del derecho penal foráneo en el Perú. c. Enjuiciamiento de la reforma y la asimilación del derecho recepcionado. d. Concepción de política criminal. 6. Legislación penal de 1924 a 1979. 7. Código Penal de 1991. a. Presupuestos de la reforma. b. Antecedentes de la reforma. c. Concepción de política criminal. 8. Legislación penal de 1991 a 2003. 9. Legislación penal de 2004 a 2010. 10. Sentencias y acuerdos plenarios vinculantes.

I. Introducción

Los diversos tipos de sociedades sólo pueden ser clasificadas según cri- 207
terios simplificadores de una realidad muy compleja, distinguiéndose así entre sociedades tradicionales y modernas, rurales y urbanas, campesinas e industriales, desarrolladas y subdesarrolladas. En todo caso, cualquiera sea la sociedad considerada, todas se caracterizan por una diversidad cultural más o menos importante.

La pluralidad cultural, en sociedades como las latinoamericanas, se ori- 208
gina en la conquista y colonización española y portuguesa. Enriquecida luego por inmigraciones sucesivas, comenzando por la de africanos y asiáticos, terminando con la de europeos occidentales (italianos, alemanes, por ejemplo).

En sociedades europeas, las diferencias culturales se enraízan profunda- 209
mente en la historia, sobre todo en el periodo de formación del Estado Nación, en el que la unificación del poder político se produce con el sometimiento de diversos pueblos por parte del más fuerte, quien impone su organización y cultura como superior. Francia, Italia, España merecen citarse con relación, por ejemplo, a los vascos, bretones, corzos, toscanos.

Definir la cultura y el pluralismo no es tarea sencilla. En los límites de la 210
presente exposición, la primera puede ser descrita como el conjunto de manifestaciones materiales, de estructura y organización social que se reproducen por un cierto tiempo, dando sentido a la vida de la comunidad y orientando el comportamiento de sus miembros. Su diversidad se explica porque se tratan de diversas maneras de aprehender y constituir el mundo social[182]. Esta realidad es dinámica por su constante creación y modifica-

[182] Vich, 2001, p. 28.

ción debida tanto a las interrelaciones con otras comunidades, como a sus variaciones internas.

211 En cuanto al pluralismo cultural, las dificultades comienzan con la determinación de cómo y en qué medida las diferencias se presentan entre los diversos grupos de una misma sociedad. Se trata de un fenómeno omnipresente en nuestras comunidades y siempre está relacionado con minorías y mayorías. Supone distintas notas substanciales, relacionadas con la religión, el idioma, la etnia, las tradiciones, que condicionan a las personas a identificarse como pertenecientes a un grupo social particular.

212 En la medida en que cada conglomerado social genera un conjunto de normas, que bien puede ser considerado derecho en sentido amplio, la cohabitación de diversas comunidades da lugar a conflictos culturales. La situación de los nativos en las sociedades latinoamericanas puede ser percibida como un conflicto de culturas, en el que buscan sobrevivir manteniendo sus rasgos culturales propios. Por el contrario, en las sociedades europeas, dichos conflictos son considerados, sobre todo, en la perspectiva de discusión jurídica sobre prácticas culturales.

213 Los contextos político y social en que se dan esos conflictos han sido influenciados por la formación del Estado Nación. Al dejar de considerársele como instrumento al servicio del Monarca, se le concibió como institución al servicio de los ciudadanos. Éstos fueron considerados como iguales y libres, así como necesitados de ser protegidos de las arbitrariedades estatales. El derecho se desarrolló como un sistema uniforme y único de regulación social que se materializó en el proceso de codificación desencadenado por la Revolución Francesa. Este proceso supuso el abandono de la justificación divina y tuvo como manifestación distintiva la emisión de la DUDH.

214 Se buscó establecer un orden jurídico con pretensiones de validez universal y que implica una jerarquía que, por un lado, constituye la base de toda organización social y, por otro, permite hacer compatible dicho orden jerárquico con la idea de igualdad. Así, ésta es afirmada de manera abstracta respecto a todos los individuos y grupos y, al mismo tiempo, se introduce el orden jerárquico pensando en "el otro" como contrario a uno mismo, quien es naturalmente el superior. El orden jurídico se presenta entonces como comprendiendo diversas experiencias jurídicas consideradas subordinadas. En otros términos, el derecho o las costumbres de ciertos grupos sociales son calificados de inferiores al derecho oficial, materializado en la legislación establecida por los órganos del Estado y fundada en los valores culturales del grupo dominante.

II. Conflicto cultural y conquista española

El descubrimiento y conquista de América por los europeos fue, "apelando 215
al vocabulario psicoanalítico, un trauma que significó a la vez desgarro y origen. La conjunción violenta y feroz de dos mundos"[183]. La Conquista no sólo fue un choque físico, concretizado en una tremenda disminución de la población nativa a causa de enfermedades, hambre, maltratos y disgregación, sino también un enfrentamiento desigual de orden social y cultural[184]. Las estructuras socioeconómicas y culturales que habían sido desarrolladas por los pobladores originarios fueron violentadas por los conquistadores gracias a su superioridad tecnológica, formas de asociación más flexibles, mayor desarrollo de la autonomía individual, posesión -desde esta perspectiva- de una cultura más poderosa. Así lograron penetrar y dominar las sociedades autóctonas sin que se produjese una verdadera unión[185]. La incorporación de la sociedad indígena al sistema socioeconómico europeo determinó el cambio y modificación del proceso cultural aborigen.

La población nativa fue modelada como "casta" perteneciente a la "socie- 216
dad hispánica", pero sometida a los "invasores europeos" en condiciones discriminatorias y sin ninguna posibilidad de movilidad social para sus miembros[186].

La aparición de los "indios", inexistentes antes de la conquista, fue el resul- 217
tado del proceso de destrucción de las estructuras del mundo andino, de la desarticulación brutal de las relaciones sociales, económicas, políticas y religiosas, del desarraigo de la tierra y del ayllu, de la sustitución de los dioses originarios por un dios ajeno, del reemplazo de los valores comunitarios por los valores individualistas, de la creación jurídica de una república de indios, de la conformación de una pirámide social en cuya cúspide estaba el pequeño y poderoso grupo de españoles.

Dentro de la nueva sociedad, los aborígenes fueron definidos como "in- 218
dios" y este término indicaba por sí mismo una subordinación inalterable. Su reconocimiento como miembros de la categoría de humanos no fue inmediato y general. Se les consideró, en principio, como animales o seres sin alma; como objetos pero no sujetos de derecho. La natura-

183 Hernández, 1992, p. 26.

184 Wachtel, 1973, p. 161; Mariátegui, 1972, p. 56.

185 Hernández, 1992, p. 26.

186 Bravo, 1970, p. 93.

leza humana y racional del indio fue sancionada sólo por Paulo III, en la bula *Sublimis Deus*. A pesar de esta declaración, se les atribuyó en la legislación una personalidad jurídica restringida. Se les consideró, sobre todo, sujetos de obligaciones y sus derechos fueron desconocidos o muy limitados. Se les percibió como personas con capacidades disminuidas y, en consecuencia, necesitados de la tutela por parte de un tercero capaz. Fueron declarados vasallos, tributarios de la Corona castellana y pero se les privó de los bienes culturales estratégicos de occidente: el idioma, la escritura y la tecnología[187].

219 Se declararon legalmente los derechos de los "indios" bajo la óptica de la diferencia y el control que la nueva situación exigía. El derecho de conquista se impuso y estableció rápidamente límites a la movilidad social, generando como consecuencia una sociedad de castas basada, en primer lugar, en la discriminación étnica y, luego, en la diferenciación cultural[188]. A partir del gobierno del virrey Toledo hasta el acceso de los Borbones al trono de España, se organizó un sistema social y estatal que insertaba a las poblaciones indias en la estructura total del Imperio.

220 Las leyes elaboradas por España para gobernar sus vastos dominios estuvieron condicionadas por el contexto descrito. Muchas de las ordenanzas fueron estatuidas para proteger a los indígenas, regulando la conducta de los españoles. La concepción benévola de las Leyes de Indias, por ejemplo, suponía un tratamiento protector y discriminatorio de los nativos, en la medida que se les consideraba como personas disminuidas, niños o seres inferiores que debían permanecer sometidas a la tutela del colonizador para recibir los beneficios de la fe y de la civilización. A manera de ilustración recordemos que en las llamadas Leyes de Burgos, si bien se orientaban a proteger a los indígenas (reduciendo la jornada de trabajo y fijando las responsabilidades de los encomenderos), en su introducción se decía que los indios eran "naturalmente inclinados a la haraganería y al vicio", "que olvidan prontamente lo que se les ha enseñado y retornan a su estado primitivo de depravación, a menos que estén constantemente supervisados". Esto permite comprender que la "conversión" no sólo fue de orden religioso, sino que "abarcó todos los órdenes de la vida, puesto que los españoles pensaron que su propio estilo de vida era el mejor posible" y "buscaron

187 Hernández, 1992, p. 26.

188 Pease, 1992, p. 289.

permanentemente hacer 'vivir en pulicía' -es decir, en buen orden- a la población de sus colonias"[189].

III. Imposición del derecho español

Si comprendemos por recepción al fenómeno consistente en el traspaso 221
de las normas legales vigentes en un medio cultural determinado a otro, podríamos hablar, respecto al hecho histórico descrito, de recepción del derecho penal español. Este criterio amplio[190] no es correcto porque impide comprender de modo cabal, tanto el significado y la naturaleza del mismo, como juzgarlo convenientemente. Se debe diferenciar la recepción, aceptación consciente y voluntaria de un derecho foráneo por parte de un grupo social determinado, del trasplante y de la imposición del mismo. El primero se da cuando emigrantes o colonizadores llevan consigo a tierras extrañas sus normas legales; y la imposición, cuando a un pueblo se le obliga a obedecer y aplicar disposiciones legales que no son de su creación. La nota esencial del trasplante de un derecho es su índole unilateral. Así, sólo es posible cuando los emigrantes o colonizadores se establecen en una zona "inexplorada y casi deshabitada"[191]. La imposición de un derecho se caracteriza por el empleo de la coacción, de la fuerza. Es evidente que los procesos históricos de "importación" o "exportación" del derecho no presentan características tan nítidas que permitan su fácil clasificación en los casos planteados ahora de manera esquemática[192].

En el caso de la implantación del derecho español durante la colonización 222
de América, no podemos decir que se trata de un simple trasplante, dado que los españoles encontraron a su llegada una cultura altamente desarrollada, cuyo derecho tuvieron que tener en cuenta. Aunque tampoco puede hablarse de una recepción, porque los aborígenes no aceptaron consciente y voluntariamente ese derecho foráneo. No fue un proceso bilateral. De un lado, los conquistadores españoles trajeron su derecho y lo aplicaron y, de otro, la Corona dictó reglas, no siempre debidamente aplicadas, para regular la conquista y la colonización. Se trató de la imposición -mediante la

189 PEASE, 1992, p. 289.

190 KITAGAWA, 1970, p. 19.

191 RHEINSTEIN, 1974, p. 126 ss.

192 Por esto RHEINSTEIN, 1974, p. 155, admite que la recepción y la imposición deben ser consideradas como los extremos de una amplia escala conformada por casos intermediarios y combinados.

fuerza y la destrucción- de un derecho foráneo a los pueblos conquistados. Los miembros de la sociedad aborigen constituyeron los sujetos pasivos en este proceso, fueron vistos como objetos de legislación. Lo que no significó que en la práctica no se produjeran medios de resistencia y de escape al nuevo orden; siendo uno de los más evidentes la rebelión y uno de los más eficaces la adaptación creativa de los moldes culturales y económicos originarios.

IV. Recepción del derecho foráneo en la República

223 La independencia del dominio español no comportó el rompimiento del sistema socioeconómico desarrollado y consolidado durante tres siglos de coloniaje. Las guerras emancipadoras, en realidad guerras civiles entre españoles (peninsulares y criollos) produjeron la ruptura de los vínculos políticos con la metrópoli, sin que se operase una transformación profunda de las estructuras internas, situación que se mantuvo a todo lo largo del siglo XIX y sirvió para la introducción y asentamiento de la nueva potencia: Inglaterra.

224 La emancipación fue obra de los criollos (hijos del país nacidos en familia española, llamados también hispano-peruanos, peruleros, indianos). Estos aparecen como grupo social, cuando "la población española de América ya estaba asentada y podía constituir un sector social que reclamaba derecho a la preeminencia o por lo menos a participar en la dirección de la sociedad hispano peruana". Desde el siglo XVI y, en especial, en el siglo siguiente, logran su "plena movilidad ascendente, dentro del ámbito de poder"[193].

225 La emancipación "no tuvo propagación social, ni cultural de amplia escala, ni el vigor suficiente para crear una conciencia nacional"[194]. Fue una empresa apoyada por los mercaderes ingleses y realizada por los criollos (muchos de ellos grandes propietarios de tierras) imbuidos de los ideales de la revolución francesa: libertad e igualdad de las personas, libre comercio, reconocimiento del derecho a la libre determinación de los pueblos y la aceptación de que el poder emana de la voluntad de los ciudadanos.

226 Se atribuye a la ideología criolla el nacimiento de una conciencia nacional que abrió el camino a la independencia de España, generada en un proceso

193 Pease, 1992, p. 279.

194 Matos Mar, 1970, p. 24.

ideológico tal vez tímido en la expresión dentro de un orden social establecido, pero firme en sus convicciones. La discusión prosiguió hasta después de la guerra de la independencia, y provocó durante los momentos difíciles previos a la misma -como ocurrió con las sublevaciones andinas del siglo XVIII, especialmente la de Tupac Amaru- acercamientos y actitudes en defensa del derecho de las poblaciones indígenas, a los que los criollos deseaban incorporar al nuevo Estado cuya formación se favorecía con sus discursos sobre la identidad nacional[195]. Cuestión aparte son los resultados finales. Las primeras Constituciones de los Estados independientes (1823) convirtieron a los hombres andinos en ciudadanos sin ejercicio de facultades políticas, como el derecho electoral a ser elegido, consagrando el voto de los pudientes y el de los educados aculturados al sistema occidental[196].

Dentro del contexto hostil a lo hispánico de los movimientos emancipadores, se dictaron diversos dispositivos legales tendientes a establecer la igualdad social y romper las prerrogativas existentes que favorecían a los peninsulares. Estas medidas beneficiaron, principalmente, a los criollos que tomaron el lugar privilegiado de los españoles. De esta manera, los nuevos grupos dominantes, al amparo de la renovada legislación "reeditaron la conquista española sobre la población indígena"[197]. 227

Por esto la implantación de la República y la abolición de los títulos de nobleza no determinaron un cambio en la mentalidad de los criollos ya que, si bien juraban fidelidad a la patria y a la República en lugar de sumisión al soberano, continuaron usufructuando los privilegios y menospreciando a las otras clases y castas. Por su parte, los indios no se identificaron con la causa emancipadora y la nueva república, dirigida por el nuevo grupo dominante, no logró integrarlos. No fueron ellos los que encabezaron y llevaron adelante la emancipación, sino más bien los criollos y mestizos. 228

La concepción liberal individualista imperante en el momento de la independencia e inspiradora de la organización del nuevo Estado, se reflejó directamente en la nueva legislación. Muchas fueron las disposiciones legales que se dictaron desde su declaración. Pero, asimismo, tuvieron importancia las diversas leyes de la colonia que se mantuvieron en vigencia hasta bien avanzado el siglo XIX. En repetidas ocasiones, se estatuyó que se reconocía vigencia a todas las ordenanzas y reglamentos españoles que 229

195 Anderson, 1997, p. 78.

196 Rheinstein, 1974, p. 282 ss.

197 Cotler, 1970, p. 79.

no contradijeren los principios de libertad e independencia proclamados y que no hubieran sido derogados por autoridad competente[198].

230 El objetivo del nuevo sistema no era, como sucedió con la legislación indiana, el de conservar la población indígena como tal, bajo un régimen de libertad tutelada y un sistema político-económico subordinado; se trataba, por el contrario, de asimilarla y convertirla en una masa de ciudadanos libres e iguales. De conformidad con estas ideas, Simón Bolívar, en 1824, inició el desmantelamiento del sistema comunitario indígena "decretando la propiedad individual de la tierra y permitiendo el reparto de los bienes comunales entre sus miembros"[199]. Durante todo el siglo XIX, continuó buscándose, en armonía con los principios ideológicos liberales, la transformación de los indios en ciudadanos de cada una de las nuevas repúblicas. Sin embargo, las condiciones estructurales en que emergía el naciente Estado hicieron posible que la herencia colonial se impusiera sobre los designios ideológicos de los liberales que intentaban, mediante la modificación de la superestructura, cambiar las bases económico-sociales"[200].

V. Pluralismo

231 El problema era la política jurídica y legislativa respecto a las poblaciones aborígenes. De acuerdo con los fines del Estado colonial y republicano, en diferentes grados y por diversos métodos, se trataba de asimilarlas al nuevo sistema; para esto, se consideraba indispensable que abandonaran sus pautas culturales originales y adoptaran las del sistema dominante. Este proceso de aculturación significaba asumir una nueva identidad cultural. Cambio considerado esencial para integrar y modernizar el país. Esta orientación no fue totalmente ajena a las corrientes indigenistas, las cuales buscaban reivindicar los derechos de los pobladores aborígenes. Para comprender las diferentes maneras de tratar el problema de la imposición de un derecho determinado a pueblos de culturas diferentes, es indispensable abordar, aún de manera sucinta, la problemática de la pluralidad cultural.

232 Si por pluralismo cultural se entiende el reconocimiento de que los numerosos y variados modos de vida de las personas son todos valiosos, se

198 Reglamento Provisional dictado por San Martín, el 17 de marzo de 1821, art. 18; Cfr. Anderson, 1970, p. 80 ss.

199 Molina, 1996, p. 98.

200 Cotler, 1970, p. 79.

plantea la cuestión de saber si todos ellos pueden ser conjuntamente practicados o si sólo deben reconocerse como tales aquellas reglas culturales que respeten los derechos fundamentales. Cuestión que implica la determinación de los límites de la tolerancia, que supone el respeto de la libertad individual expresada en la diversidad de pautas culturales, de opinión y de experiencias de vida y que concierne tanto al Estado como a las personas naturales.

En cuanto al Estado, todo esto comportaría, primero, la negación de toda 233
forma de totalitarismo, laico o religioso. El rechazo a que una manera de vivir determinada se convierta o sea impuesta como hegemónica y que la supervivencia de las demás sea impedida o dificultada. Segundo, la necesidad de fijar qué principios el Estado debe tener en cuenta para reconocer y proteger el pluralismo cultural. De esta manera, se puede lograr que los diversos grupos sociales o culturales reconozcan principios mínimos que funcionen como límites de tolerancia y como barreras frente al abuso del poder estatal; más aún que permitan la convivencia autónoma de las comunidades de culturas diversas. Los derechos humanos (art. 149 Const.) constituyen estos principios mínimos en la medida en que, cualquiera que sea el contexto, deben ser adscritos a las personas por su sola condición humana.

En esta perspectiva, el respeto al pluralismo cultural no es ilimitado, en el 234
sentido de considerar como un bien en sí la diversidad social o cultural, sin tener en cuenta si algunas de sus manifestaciones son contrarias a los derechos humanos, ámbito ético común.

Al respecto, un aspecto importante a precisar es el relacionado con la cul- 235
tura. Sin descuidar las diversas perspectivas en que ésta ha sido definida, de acuerdo con la importancia dada a alguno de sus elementos o a los fines tanto teóricos o prácticos perseguidos al elaborar la definición, hay que considerar que el término cultura debe ser comprendido como un sistema de normas o pautas de comportamiento que condicionan la manera correcta como las personas deben reaccionar en una situación determinada. En este sentido, las "costumbres" forman parte de la cultura. Sistema que hace de un conjunto de individuos un grupo organizado y que modifica profundamente las dotes naturales de éstos otorgándoles grandes beneficios e imponiéndoles múltiples obligaciones.

Desde su nacimiento en un grupo social, el individuo comienza un proceso 236
de adaptación al sistema mediante la imitación o el aprendizaje. De esta manera asume modelos culturales, lo que determina la formación de su

personalidad. El individuo tiene entonces la capacidad de comportarse de conformidad con las pautas culturales de su grupo social.

237 Si una persona no respeta estas pautas culturales, puede hacerlo con pleno conocimiento de causa o debido a que no ha logrado asimilar debidamente la pauta de comportamiento violada o lo ha hecho de manera deficiente. En estos casos se aplicarán las normas legales comunes para determinar su responsabilidad. Así, puede entrar en consideración la regla sobre la inimputabilidad si, por ejemplo, la no aceptación de la pauta cultural se ha debido a un trastorno mental grave o, también, la noción de error de prohibición cuando por una deficiente asimilación de las pautas culturales el agente cree por equivocación que su comportamiento no es delictuoso.

238 Los casos comprendidos, por ejemplo, en el art. 15 son aquellos en que se presenta un conflicto cultural que supone la diversidad de sistemas de valores. En un lado, se encuentra la cultura en la que el autor del delito ha formado su personalidad y, en el otro, la cultura cuyos valores son consagrados por la ley que aplica el representante del grupo social dominante.

239 El conflicto puede ser absoluto, por ejemplo, en el caso de los miembros de algunas tribus de la Amazonía, sin contacto con la cultura de raigambre europea y cristiana del Perú oficial, cuando se causa la muerte de niños recién nacidos, de mellizos, de ancianos o de enfermos debido a que el grupo social no puede soportar la carga económica que significa su mantenimiento en vida. Desde la perspectiva de la cultura dominante (según el Código), se trata de delitos contra la vida. El autor de dichos actos obra, sin embargo, siguiendo las pautas culturales de su comunidad. Culturalmente se trata, en consecuencia, de un acto positivo ya que es el medio por el que el grupo social subsistirá en la medida en que conserva el equilibrio necesario entre las necesidades de la comunidad y los medios a su disposición. El autor habría actuado de acuerdo con las pautas culturales que ha asimilado mediante el proceso de inculturación. Proceso que ha condicionado la formación de su personalidad y que, como conjunto de pautas culturales, canaliza sus reacciones frente a las situaciones materiales y personales concretas. En razón, justamente, a su peculiar personalidad sería considerado incapaz de comprender el carácter delictuoso de su acto o de determinarse de acuerdo con esta apreciación.

240 En sociedades complejas como la nuestra y resultantes de un largo proceso iniciado con un choque cultural cruento, los conflictos de esta índole

son con frecuencia menos brutales. Los grupos sociales andinos (quechuas, aymaras, huancas, etc.) han sufrido la imposición por la fuerza de la cultura española (idioma, religión, sistema económico y político). Lo que ha significado la modificación profunda de sus pautas culturales, pero no su completa desaparición. Los grupos sociales andinos, como sucede siempre en este tipo de conquista, reaccionaron ante la nueva cultura interpretando tanto los moldes culturales propios como los impuestos, circunstancia que ha permitido la supervivencia de pautas tradicionales (propias).

La situación no es evidentemente la misma que en la Colonia e inicios de 241
la República. Los esfuerzos, por un lado, de centralización política y de homogeneización a través, por ejemplo, de la educación y, por otro, la interpretación hecha por los aborígenes tanto de los moldes culturales propios como de los que se les imponían, han estructurado de nuevo la imagen étnica y cultural del país. Ahora bien, resulta utópico pensar en el renacimiento de una sociedad y de un Estado indios en oposición a una sociedad y un Estado de peruanos occidentalizados. Problemático es, igualmente, plantearse una solución federalista constituida por regiones o zonas con la predominancia de un pueblo y una cultura determinados. No sólo porque iría, por ejemplo, contra la estructura de la tenencia de la tierra que consiste en que cada comunidad la posea en diferentes niveles ecológicos, sino porque ignoraría también el profundo mestizaje, la intensa inmigración interna y la peculiar integración de los indígenas en el sistema económico nacional.

En relación con el tema que nos ocupa, podemos señalar que el progresivo 242
mestizaje, la fuerte inmigración del campo a la ciudad, la alfabetización en español de la mayor parte de la población, el desarrollo de los medios de comunicación (principalmente de la radio y la televisión), la participación cada vez más importante de los indígenas en el sistema productivo, han producido una cierta uniformidad de las pautas culturales primarias. Se trata de aquellas que están muy vinculadas a la supervivencia y cohesión del grupo social. Pautas que, en cierta medida, eran reconocidas en las culturas precolombinas más desarrolladas: por ejemplo, las referentes al respeto a la vida, la integridad corporal, la tenencia de tierras (*ama sua, ama llulla y ama kella*: no seas ladrón, no seas mentiroso, no seas ocioso). Las costumbres o los ritos crueles, de acuerdo con nuestras pautas culturales más humanas, han desaparecido o han sido fuertemente modificados por la aculturación secular.

VI. Evolución de las concepciones legislativas

243 Para comprender esta problemática resulta interesante ver, aunque de manera superficial, la evolución de las concepciones que se admitieron al elaborar la legislación. En la exposición de motivos del primer CP de 1853, el legislador peruano afirmó -ignorando la numerosa población indígena- que se había seguido muy de cerca al CP español, porque estando las costumbres de los peruanos "vaciadas en los moldes imperecederos de las leyes y del idioma de Castilla" no era posible alejar el Proyecto de CP del modelo hispano.

244 Este no fue un caso aislado en América Latina. Así, en Bolivia, país con una población indígena mayoritaria, en 1834, se adoptó integralmente el CP español de 1822 como Código provisional. En los debates, sus defensores sostuvieron que se trataba de una ley redactada "por los hombres más sabios de España que en sus trabajos habían sido guiados por la filosofía y merecido la aprobación de los mayores publicistas..." y sus críticos señalaron que "aunque éste fuese enteramente perfecto había sido formado para los españoles y no para los bolivianos, siendo notablemente diferentes sus costumbres y habiendo una distancia inmensa entre la ferocidad de aquellos y la dulzura y amabilidad de estos últimos, que insistir en querer aprobar el código en cuestión sería lo mismo que ponerle a un pigmeo un vestido muy bien hecho para un gigante"[201].

245 En los años posteriores y aun cuando se consideraron las diferencias étnicas de las poblaciones, los sistemas republicanos consolidados no llegaron a plantear y solucionar el problema siempre presente de las poblaciones nativas. Se nota, en buena cuenta, una vuelta al criterio civilizador, paternalista y discriminatorio del derecho indiano. Un buen ejemplo, lo constituye la concepción consagrada en el CP de 1924[202]. En sus disposiciones, se distinguen tres grupos de peruanos: primero, los civilizados; segundo, los indígenas semicivilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo y, por último, los salvajes. La condición personal de los segundos hizo que se les considerase como incapaces relativos y se les sometiera a una represión prudente o se les aplicara una medida de seguridad, de acuerdo con su "desarrollo mental", "grado de cultura" y "costumbres". En cuanto a los "salvajes", nativos de la amazonía, se disponía que si fueran sancionados

201 Villamor, 1977, p. 110.

202 Hurtado Pozo, 1979, p. 67 ss.

con pena privativa de la libertad, ésta fuera sustituida con una medida de seguridad consistente en la "colocación en una colonia penal agrícola" con la finalidad de lograr su "asimilación a la vida civilizada" y hacerles adquirir una "moralidad" que los hiciera aptos para "conducirse" bien.

Si tenemos en cuenta que en la exposición de motivos y en las normas so- 246
bre establecimientos penales contenidas en el mismo Código, el legislador nacional considera como fin de la sanción la "plena readaptación a la vida libre y honesta", podemos sostener que tanto en relación a los "salvajes" así como a los "indígenas semicivilizados", el legislador optó por una concepción "orientada a la asimilación". Es decir, que consideró el derecho penal como un medio tendiente a incorporar a la "civilización" a los grupos de peruanos que se encontraban fuera de su ámbito benefactor.

Esta misma concepción se mantuvo en otros dominios, como por ejem- 247
plo, en el derecho civil. Así, lo demuestra el hecho de que la comisión de reforma del Código Civil, en su sesión del 2 de diciembre de 1922, aprobó la fórmula "son incapaces relativos los individuos de la raza indígena que no hablan castellano"[203]. Al discutirse este problema, en el seno de la propia comisión, se llegó a plantear la necesidad de regular un sistema de tutela para estos sectores de la población. En la sesión del 4 de noviembre de 1922, Olaechea trajo a colación el peligro de que se reviviera el sistema colonial de las encomiendas[204] por el que se sometió al indio a la tutela del colono blanco, como un menor de edad, para que recibiese los beneficios de la fe y la civilización. Pero, al mismo tiempo, Olaechea sostuvo, también, que la "cuestión indígena es una obra de extensión de la civilización por el fomento de la riqueza y de la educación del país y del indio"[205].

En el Proyecto de CP colombiano de 1927, redactado por técnicos italia- 248
nos, se estableció (art. 26): "los indígenas que aún no han sido reducidos a la vida civilizada, se asimilan cuando delincan, a los menores de edad que deben ser juzgados con arreglo a penas y procedimientos especiales para ellos. Los indígenas menores de dieciocho años no son punibles". En el Paraguay, se llegó realmente a someter a los indígenas a los tribunales de menores.

---

203 Actas 1928, 1er, fascículo, 59.

204 Actas 1928, 1er. fascículo, 40, 41.

205 Actas 1928, 1er. fascículo, 41.

249 En 1940, en el Segundo Congreso de Criminología, se acordó "recomendar a los países americanos que al emprender la reforma de sus legislaciones penales, tengan muy en cuenta el factor indígena, sobre todo en aquellas naciones en que este elemento étnico es numeroso, procurando la adopción de una legislación tutelar que tienda perfectamente a su incorporación a la vida civilizada".

250 El boliviano Medrano Ossio[206], en una ponencia presentada en dicho Congreso, sostuvo que "el estancamiento o paralización del desarrollo normal de las facultades mentales del indígena" se debía a la "ausencia de medios educacionales esenciales, medios de los que se rodea a todos los individuos que no sean de esta clase", y que debido a sus "antecedentes psicológicos", a la "inferioridad en que se debate en competencia con las demás clases" y a su "realidad social" debe ser "considerado *inimputable* por el delito cometido, y la pena infecunda debe ser sustituida por medios psicopedagógicos, psiquiátricos y otros que hagan del indígena un ser inocuo, un ser incorporado definitivamente a la actual sociedad civilizada".

251 Los ejemplos citados muestran que la concepción admitida no logró los resultados esperados. Lo que se obtuvo fue más bien la vuelta a la actitud paternalista y discriminadora de la concepción inspiradora de la legislación colonial referente a los indígenas. Concepción negada por el criterio demo liberal de las Repúblicas nacientes.

VII. Pluralismo y legislación penal

252 Como hemos tenido oportunidad de indicarlo, en la Constitución de 1993 (art. 149) se reconoce el derecho consuetudinario de las comunidades campesinas y nativas y, por tanto, también de las normas penales que contenga. El límite es fijado en su compatibilidad con los derechos fundamentales. Este derecho consuetudinario penal es de difícil determinación por ausencia de información suficiente, no basta que se le califique de "ancestral". Así mismo, resulta problemática su aplicación, en la medida en que el texto constitucional estatuye que las autoridades de dichas comunidades pueden "ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial". Junto a esta problemática, se plantea la referente a la manera como las diferencias culturales de los pobladores de nuestro país han sido tenidas en cuenta en los Códigos penales. En cuanto a los dos últimos (1924 y 1991),

[206] 1914, p. 61.

la diferencia radica en la actitud con que se aborda el problema de la aplicación de una ley impregnada por una concepción cultural determinada (en este caso la dominante) a personas pertenecientes a otros grupos de cultura diferente.

En el caso del CP de 1924, el punto de partida era la aplicación prioritaria del sistema penal a todos los pobladores y el objetivo, aprovechar esta ocasión para integrar a la sociedad civilizada a quienes, en razón de su condición de "salvaje" o de "indígena semicivilizado degradado por la servidumbre o el alcoholismo", hubieran cometido un delito. Integración que debería practicarse privándolos de la libertad mediante una medida de seguridad. 253

En el Código vigente, no se hace más referencia expresa a esa función integradora. Evitando expresiones discriminatorias, se recurre a las diferencias de cultura o costumbres para eximir de pena a quien haya cometido un delito por actuar conforme a sus pautas culturales. De esta manera, se respeta mejor la identidad cultural del grupo social del cual es miembro el infractor. 254

Esta regulación se haya evidentemente condicionada, en general, por la concepción política y, en particular, por la concepción jurídica, recogidas en la Constitución. Este condicionamiento se explica en la medida en que, en ésta, se han incorporado los derechos humanos y las garantías de la administración de justicia, como derechos y garantías universales, resultantes del progreso de la humanidad y de una lucha política orientada a crear y desarrollar una sociedad basada en el respeto a la dignidad personal. 255

No es otro el sentido y el contenido de las convenciones internacionales sobre la materia. Es en esta perspectiva que el art. 1 del Anteproyecto de protocolo, elaborado por el Instituto de ética y derechos humanos de la Universidad de Friburgo, establece que el derecho al respeto y expresión de los valores y tradiciones culturales es reconocido "en la medida que no sean contrarios a las exigencias de la dignidad humana, a los derechos del hombre y a las libertades fundamentales". 256

El pluralismo cultural y el derecho a la identidad étnica, reconocidos en la Constitución, no significan, en consecuencia, el reconocimiento de la equivalencia entre las culturas existentes en nuestro país. Los principios constitucionales y, en particular, los derechos fundamentales de la persona, enumerados en el art. 2 de la Carta Fundamental, significan, en buena cuenta, la continuación de la evolución de la situación creada por la inserción de las 257

sociedades precolombinas al sistema mundial. Evolución lenta y dolorosa que aún no culmina, pues, no se ha logrado todavía una integración igualitaria, respetando sus diferencias culturales, de los diversos sectores que habitan en el territorio nacional.

258 Si nos limitamos a los derechos fundamentales podemos decir que el reconocimiento del pluralismo cultural está condicionado a la aceptación de una medida de valor de origen occidental, europeo y hasta cristiano. Estos derechos son el marco dentro del cual, por un lado, las diversas culturas deben manifestarse y, por otro lado, el Estado, expresión de la cultura predominante, debe tratar de promoverlas.

259 En el ámbito penal, en la medida en que el núcleo central de las normas penales de la parte especial del Código protege bienes jurídicos que coinciden con los derechos fundamentales (la vida, la integridad corporal, la libertad, la dignidad de la persona, etc.), la determinación de cuáles son las conductas permitidas y prohibidas está igualmente condicionada por las normas constitucionales referidas a los derechos humanos. Lo mismo sucede con relación al sistema judicial que es monopolio del Estado, expresión de la cultura predominante, con referencia a las garantías constitucionales de la administración de justicia. Recordemos nuevamente que el reconocimiento de potestades jurisdiccionales a las autoridades de las Comunidades campesinas y nativas está limitado, conforme al art. 149 Const., al respeto de los derechos fundamentales.

260 Así, por ejemplo, en caso de los castigos corporales admitidos por un grupo social determinado para reprimir la violación de alguna de sus pautas culturales, los criterios de pluralismo y tolerancia no deben conducir a reconocer como válida y justificada esa forma de justicia penal tradicional. Lo mismo se debe afirmar respecto al mal trato y discriminación practicados por ciertos grupos sociales o culturales en la persona de mujeres y niños. Este es, precisamente, el criterio establecido en la Constitución. El reconocimiento de la pluralidad cultural y de jurisdicciones no oficiales está condicionado al respeto de los derechos fundamentales. Por esto, además, con relación al art. 15, se debe comprender que el factor cultural o las costumbres que pueden determinar la incapacidad de una persona para comprender el carácter delictuoso de su comportamiento o determinarse según esta apreciación, deben ser pautas culturales que no contradigan los derechos humanos.

En esta perspectiva, resulta interesante analizar un acuerdo emitido por las Salas Penales de la Corte Suprema en el V Pleno Jurisdiccional, realizado el 13 de noviembre de 2009. En el AP N° 01-2009/CJ-116 sobre "rondas campesinas y derecho penal", se establecieron directivas dirigidas a solucionar los conflictos que se dan, con cierta frecuencia, entre éstas y los órganos judiciales. Lo que muestra la necesidad de que se mejore la regulación prevista en el Código. 261

Antes de resumir dichos principios, resulta oportuno indicar que resulta sorprendente que en el mencionado acuerdo se hable de una "doctrina legal" para designar la argumentación desarrollada. Lo que da lugar a graves malentendidos en la medida que se puede comprender, por un lado, que toda otra doctrina no es legal y, por otro, que se trata de una forma de "doctrina auténtica" y, por tanto, única y obligatoria. Ninguna de las dos suposiciones es correcta, si se recuerda que la interpretación (no otra cosa es la doctrina) es un proceso lógico y axiológico por el que se atribuye al texto uno de sus posibles sentidos. Así, tampoco es correcto exigir que las directivas establecidas sean seguidas literalmente, pues ellas mismas deben ser interpretadas y, por tanto, no siempre serán comprendidas en un mismo y único sentido. 262

En dicho acuerdo, la decisión es, primero, de establecer "como doctrina legal, los criterios expuestos en los Fs.Js. 7 al 17" y, segundo, precisar "que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales". Dichos principios pueden ser resumidos de la siguiente manera: 263

1. Las rondas campesinas, mencionadas como auxiliares de las autoridades de las comunidades andinas y nativas en el art. 149 Const, son también autoridades por la real actividad que asumen, sin considerar si están o no vinculadas a una de esas comunidades.
2. La pertenencia de las rondas al mundo cultural andino o nativo, expresada en su identidad cultural y su conformidad con el derecho consuetudinario, debe ser comprobada por el juez con ayuda de peritos.
3. Las rondas tienen funciones jurisdiccionales como autoridades comunales en el territorio de la comunidad y aplican el derecho consuetudinario.
4. El fuero comunal "ronderil" se caracteriza por corresponder a un grupo étnico con una identidad cultural determinada, que cuenta con

una organización reconocida por la comunidad y con capacidad de control social; con un derecho consuetudinario, un territorio determinado. El límite de este fuero es el respeto de los derechos fundamentales.

5. Los elementos del delito son determinados señalando que:

   a. El autor debe ser un rondero.

   b. El hecho debe ser cometido en el territorio donde ejerce la ronda su fuero.

   c. El sujeto pasivo o la cosa (interés) debe pertenecer a la misma comunidad.

   d. El hecho debe ser conforme al comportamiento sancionado en una norma concreta del derecho consuetudinario.

   e. El hecho no debe violar ninguno de los derechos fundamentales.

   Reunidas estas condiciones (conflicto interno a la comunidad), la represión no tiene lugar por que el acto es legítimo conforme al art. 149 Const. Por lo dicho, y en sentido contrario, se trata de un caso "intercultural" cuando:

   a. El sujeto activo no es rondero.

   b. El hecho no es cometido en territorio comunal.

   c. El sujeto pasivo o la cosa (interés) es comunal.

   d. El hecho sea un injusto conforme al derecho consuetudinario.

   e. El sujeto activo debe darse cuenta que lesiona o pone en peligro un miembro o los intereses de la comunidad.

   f. El sujeto activo debe haber actuado por egoísmo para afectar a la institución comunal o al ofendido, a sabiendas de los valores y bienes jurídicos tradicionales.

6. El derecho fundamental a la identidad étnica y cultural y el derecho colectivo al fuero jurisdiccional comunal no son absolutos, sino que deben concordarse con otros derechos individuales y colectivos. Los derechos fundamentales que deben ser respetados plenamente son: la vida, la dignidad humana, la prohibición de torturas, de penas y de tratos inhumanos, humillantes o degradantes, la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre, la legalidad del proceso, de los delitos y de las penas (bajo la noción básica de 'previsibilidad' para evitar vulnerar el derecho a la autonomía cultural).

Estos derechos deben ser interpretados "de forma tal que permitan comprender, en su significado, las concepciones culturales propias de las Rondas Campesinas en donde operan y tienen vigencia".

7. La violación de los derechos fundamentales (por el contenido mismo del derecho consuetudinario o por los actos imputados a los ronderos) debe ser comprobada por un control externo a cargo de la justicia penal ordinaria, la que impondrá la sanción correspondiente. Son conductas que atentan contra el "contenido esencial de los derechos fundamentales" y, por tanto, "antijurídicas y al margen de la aceptabilidad del derecho consuetudinario": (i) las privaciones de libertad sin causa y motivo razonable –plenamente arbitrarias y al margen del control típicamente ronderil; (ii) las agresiones irrazonables o injustificadas a las personas cuando son intervenidas o detenidas por los ronderos; (iii) la violencia, amenazas o humillaciones para que declaren en uno u otro sentido; (iv) los juzgamientos sin un mínimo de posibilidades para ejercer la defensa –lo que equivale, prácticamente, a un linchamiento; (vi) la aplicación de sanciones no conminadas por el derecho consuetudinario; (vii) las penas de violencia física extrema –tales como lesiones graves, mutilaciones- entre otras.

8. La tipicidad del acto, conforme a la norma de derecho consuetudinario, puede ser excluida por la interpretación de sus elementos normativos de acuerdo con criterios constitucionales. Así, no puede darse usurpación de autoridad porque las rondas son autoridades comunales que ejercen el fuero jurisdiccional y de secuestro porque las rondas están autorizadas a detener personas en el ejercicio de ese fuero.

   Así mismo, en el citado acuerdo, se afirma *a priori* que las rondas campesinas no actúan con fines de lucro o para obtener beneficios ilegales; así mismo que no pueden constituirse en grupo delictuoso, ya que si bien su fundación, en principio, es legal, ellas pueden transformarse en un ente ilegal. Mediante semejante declaración, de manera incorrecta, se excluye la aplicación de las "circunstancias agravantes o de integración criminal (art. 317)" a las rondas campesinas.

9. Si el hecho es típico debe comprobarse su ilicitud conforme al criterio del ejercicio de un derecho. Para probar la proporcionalidad deben compararse los derechos a la identidad cultural con los otros derechos, en este caso prevalecen siempre los intereses de más alta jerarquía en el caso concreto, que exige la no vulneración del núcleo esencial de los derechos fundamentales.

10. Para determinar si hay otras eximentes de pena, debe considerarse el conjunto de factores culturales en la escala individual del sujeto procesado. El elemento subjetivo del acto puede ser afectado por los patrones o elementos culturales del rondero ("vale decir, la configuración del injusto penal y/o su atribución de culpabilidad"). Lo que puede determinar, según los casos: (i) la impunidad del rondero; (ii) la atenuación de la pena; o, (iii) ser irrelevantes.

    Debido a su patrón cultural, el agente (rondero) puede actuar: (i) sin dolo –error de tipo- al no serle exigible el conocimiento sobre el riesgo para el bien jurídico; (ii) por error de prohibición porque desconoce la ilicitud de su comportamiento, esto es, la existencia o el alcance de la norma permisiva o prohibitiva; o (iii) sin comprender la ilicitud del comportamiento ejecutado o sin tener la capacidad de comportarse de acuerdo con aquella comprensión.

11. Estas últimas indicaciones son restringidas afirmando, primero, que es "de rigor, sin embargo, prevenir que en el caso de ronderos es de muy difícil concurrencia –aunque no imposible ni inusitado- los casos de error de tipo y, en muchos supuestos, las prescripciones del art. 15". Segundo, que los ronderos, "como regla ordinaria, son individuos integrados al Estado total o parcialmente en cuya virtud al tener contacto con la sociedad 'oficial' como parte de su modo de vida, aunque sea parcialmente, se les puede exigir algún tipo de conducta acorde a las normas del Estado, por lo que puede intentar motivar su conducta y, por ende, desaprobarla cuando sea contraria a los intereses predominantes de la sociedad con la cual se relaciona".

12. Si no se da la exención, hay que apreciar si no es posible la atenuación de la pena por no darse plenamente una de las circunstancias justificantes o de no culpabilidad.

13. La individualización de la pena debe hacerse teniendo en cuenta la cultura del autor responsable.

VIII. Evolución de la legislación penal en el Perú

1. Proyecto de Código Penal de Manuel Lorenzo de Vidaurre

264 Una manifestación patente de la influencia tanto francesa como inglesa en las ideas penales de la nueva República, constituye el Proyecto de Código elaborado por don Manuel Lorenzo de Vidaurre en 1828. Publicada en

Boston, la obra de Vidaurre consta de dos partes: una exposición teórica y el texto del Proyecto. En la primera -que a veces es contradictoria- se nota una marcada influencia de los escritos de Beccaria, Rousseau, Filangeri, Montesquieu, Grocio, Locke y Bentham. Sostuvo que el delito es el "daño causado a la sociedad con conocimiento", que "el fin de la pena es resarcir el mal causado y evitar el venidero"[207] y que "debe ser proporcionada a los delitos"[208] Según Vidaurre, el "principal fin de la legislación (es) evitar los medios de que se cometan los crímenes". El catálogo de sanciones es variado y, aunque no menciona la pena de muerte en la parte general, la prevé como castigo de ciertos crímenes graves al describirlos en la parte especial[209].

Si bien es cierto que este Proyecto fue el "primer paso legislativo" en materia penal en el Perú, no se puede afirmar que se trató de un "código de factura irreprochable"[210]. Las disposiciones generales, por ejemplo, no estatuían de manera precisa lo que es el delito, cuáles son los medios de represión y la manera de aplicación. En su mayor parte, fueron declaraciones de principios o normas de carácter procesal. Lo interesante de la obra de Vidaurre es que buscó un derrotero propio. En su opinión, "los ejemplos que se pueden seguir son muy pocos" y agrega, "yo apenas hallo el Código de Francia"[211]. Apoyó su trabajo en las ideas imperantes por ese entonces y no tuvo en cuenta lo hecho en España. En los años siguientes, no volvería a reeditarse este esfuerzo tendiente a elaborar un código original a partir del estudio y recepción de ideas europeas. 265

2. Código Penal de Santa Cruz

De octubre de 1836 a julio de 1838 rigió en el Estado Sud-peruano el CP boliviano, impuesto por el General Santa Cruz, cuando se constituyó la Confederación Perú-boliviana. En la parte considerativa del Decreto del 23 junio de 1836, se señala el inconveniente de que siguieran subsistiendo las leyes españolas; la dificultad de conocer los derechos y deberes, los delitos y las penas, debido a la contradicción existente entre las leyes dictadas a 266

207 DE VIDAURRE, 1828, p. 7 y 38.

208 DE VIDAURRE, 1828, p. 23.

209 HURTADO POZO, 1979, p. 39, se afirmó con ligereza lo contrario; error que podía ser detectado sin necesidad de poseer las calidades de historiador refinado.

210 JIMÉNEZ DE ASÚA, 1926a, p. 28.

211 En carta de 2 de setiembre de 1828, con la que remite su proyecto a un concurso convocado por el gobierno chileno, ver: VIDAURRE, 1828, p. 5.

partir de 1822 y las españolas; y, por último, que "los códigos civil y penal de Bolivia, en que se hallan compiladas las leyes más sabias de las naciones cultas, han producido en seis años de práctica los más felices resultados"[212]

267 Dicho Código estuvo inspirado en el CP español de 1822, en el cual se nota una marcada influencia francesa, derivada del "movimiento de la Enciclopedia" y del "movimiento codificador francés"[213]

3. Código Penal de 1863

268 En las siguientes tentativas de codificación penal, se acentúa en el Perú la tendencia a seguir el modelo hispánico. Diversas comisiones se formaron para dotar al país de un Código; pero sólo la nombrada por el Congreso de 1853 logró elaborar un Proyecto. Dos comisiones lo revisaron (en 1857 y 1860), antes de que fuera aprobado en 1863. En una nota de remisión del resultado de sus labores, fechada el 20 de mayo de 1859, la Comisión de 1857 reconoció haber seguido al CP español de 1848-50, por haber "creído encontrar en sus disposiciones los más saludables principios y las mejores indicaciones de la ciencia", y en razón a que "estando las actuales costumbres de los peruanos vaciadas en los moldes imperecederos de las leyes del idioma de Castilla no era posible alejar nuestro Proyecto de aquellas acertadas disposiciones"[214]

269 El CP español de 1848-50, modelo seguido por nuestro legislador, fue imitación del Código brasileño de 1830, "copia a su vez del Código napolitano, como éste lo era del francés de 1810"[215]. El legislador no tuvo en cuenta otra ley extranjera, como lo hiciera el argentino, quien siguió de manera harto fiel el Código bávaro de 1813, obra de Anselmo Feuerbach y el de Luisiana (a través de la exposición de Livingston)[216].

270 Este apego al modelo español se nota, igualmente, en la legislación procesal penal. El Código de Enjuiciamiento en Materia Penal de 1863, tuvo como fuente inmediata la ley española denominada Reglamento Provisional del 26 de septiembre de 1835.

---

212 Citado por Zúñiga Guardia, 1957, p. 64.

213 Saldaña, 1914, p. 441.

214 Estos mismos criterios fueron sostenidos por la comisión codificadora en su exposición de motivos; ver: Zavala Loayza, 1947, p. 31.

215 Jiménez de Asúa, 1964, T.I., p. 762; Cfr. Quintiliano Saldaña, en Liszt, 1929, T.I., p. 495.

216 Jiménez de Asúa, 1964, T.I., p. 1015.

A pesar de que no existen estudios profundos sobre las ideas jurídicas dominantes en los primeros cincuenta años de la República, se puede admitir con Zavala Loayza[217] que la Escolástica, la doctrina de los Padres de la Iglesia, Santo Tomás, con su docta "Summa", formaron el arsenal del Convictorio Carolino y, después, de las Universidades. El ambiente en la República se modificó poco, luego que de otras generaciones sucedieron a las de Vidaurre, Sánchez Carrión, Luna Pizarro, etc. 271

En buena cuenta, lo anterior nos indica que la cultura del sector dominante en el Perú era casi la misma que predominaba en España, por lo que la importación del modelo hispano (CP español de 1848-50) puede ser calificada de recepción homogénea, puesto que la cultura del receptor no era distinta a la del país originario del Código recibido y no habiéndose seguido sino un solo modelo, no debe ser considerada como una recepción plural o ecléctica[218]. 272

Es cierto que el legislador peruano no realizó una trascripción literal del Código español, sino que lo modificó para adecuarlo al "estado del país". Pero también es acertado afirmar que sólo tuvo en cuenta un aspecto de la realidad peruana, ignorando a la numerosa población nativa, que si bien había sido "modelada" al estilo hispánico durante la Colonia, no se podía sostener que sus "costumbres" estuvieran "vaciadas en los moldes imperecederos de las leyes y del idioma de Castilla". Los indígenas, mayoría entonces en el país, no eran sujetos activos en este proceso de recepción, sino que lo soportaban como lo hicieron con la legislación colonial. 273

4. Marco doctrinario y legislativo de la reforma

Desde los primeros años de su entrada en vigor, magistrados y especialistas consideraron necesaria la reforma de este Código. El Poder Ejecutivo nombró diferentes comisiones en los años 1871, 1873, 1877 y 1900. Entre estos intentos de reforma y los que tuvieron lugar en España existió una cierta correspondencia temporal, aunque no coincidieron del todo en sus orientaciones[219] 274

---

217 Zavala Loayza, 1947, p. 25.

218 Sobre estos conceptos, ver: Kitagawa, 1970, p. 18; Rheinstein, 1974, p. 128 ss. Miró Quesada, 1911, p. 80 ss., afirmó que "el derecho patrio, considerado en su totalidad, ha sido y es un derecho exógeno, aferente, centrípetamente nacido: un derecho desvinculado del alma nacional de nuestro pueblo, una legislación artificiosa y, por lo tanto, infecunda".

219 Los proyectos españoles fueron los de Salmerón en 1873, de Estrada y Dávila en 1877,

275 Los juristas peruanos que manejaron el CP de 1863, siguieron fielmente las enseñanzas de los penalistas hispánicos[220]. Esto es notorio en las obras de Ricardo Heredia y de José Silva Santiesteban. El primero siguió muy de cerca a Francisco Pacheco, "autor más destacado y principal del CP español de 1848", quien sustentó "la doctrina de la expiación" en el sentido ecléctico que Rossi propugnaba[221] Silva sustentó las ideas de Ahrens y sucedió a Pedro Gálvez en la enseñanza del derecho penal en el Colegio Guadalupe. Este último arregló, basándose en las teorías racionalistas de Ahrens, "el estudio del derecho natural" y "acomodó el derecho público a nuestra forma republicana e inició el verdadero sistema del derecho penal"[222]. La llamada Escuela alemana del derecho natural creada por Krause y difundida, sobre todo, por Ahrens y Roeder, tuvo a partir de 1840 buena acogida entre los teóricos peruanos[223].

276 A partir de 1896, se produce una reacción contra la concepción jusnaturalista y krausista que predominaba; en ella destacan Manuel Vicente Villarán y Juan Bautista de Lavalle (1908-1922). En derecho penal, el positivismo italiano es acogido con entusiasmo. En 1889, Javier Prado Ugarteche escribe su tesis de bachiller: "El método positivo en el Derecho Penal"[224]. Digno representante de esta corriente fue Oscar Miro Quezada, con su libro "Breves apuntes de Mesología criminal peruana" (Lima 1922).

277 Este fue el marco doctrinario nacional en el que tuvo lugar el movimiento de reforma que culminara con la promulgación del CP de 1924. En el plano internacional, hay que señalar que en Europa se desarrollaba una intensa lucha entre las escuelas penales (Clásica y Positivista) y que tenía lugar un amplio movimiento de reforma en este ámbito. Así, en España, se suce-

---

de la Comisión de 1879, de Bugallal en 1880, de Alonso Martínez en 1882 y en 1886, de Silvela en 1884 y de Villaverde en 1891. Ver Jiménez de Asúa, 1964, T. I., p. 769 ss.

220 Schwarz, p. 598, afirma correctamente que "cuando un código es adoptado en el extranjero, la doctrina del país natal tiende a acompañarlo".

221 Jiménez de Asúa, 1964, T. I, p. 861.

222 Estuardo Núñez, 1937, p. 13.

223 Estuardo Núñez, 1937, p. 10, desde su posición germanófila, y Quintano Ripollés, 1953, p. 67, de acuerdo con su criterio hispano, no concuerdan en la razón del auge del krausismo en el Perú. Para el primero fue "determinado no tanto por el reflejo del krausismo español, cuanto por la influencia directa de las traducciones francesas". Para el segundo por el contrario, "la mercancía del krausismo era netamente española, siendo la personalidad de sus teorizantes de Madrid la sola capaz de hacerla viable en mentes hispánicas".

224 Diversas otras tesis de orientación positivista fueron sustentadas en San Marcos, por ejemplo, La sociedad y el delito de Plácido Jiménez. Ver: Belaunde, 1904.

den sin éxito una serie de tentativas para modificar el Código de 1870; en Italia, entra en vigor el Código de 1880 (llamado Código de Zanardelli); En Francia, el viejo Código de 1810 es modificado por una serie de leyes parciales; en Suiza, se trabaja sobre la unificación del derecho penal; en Alemania se realizan también varios intentos para reformar el Código de 1870. En América Latina, se da igualmente, un movimiento de esta naturaleza. En Argentina, se adoptó un nuevo Código en 1921, cuyo Proyecto databa de 1916-1917; en Venezuela, sucede lo mismo en 1921 y en Uruguay, en 1889.

Nuestro proceso de reforma se inició con el nombramiento de una comi- 278
sión parlamentaria en enero de 1915. El Proyecto fue elaborado por Víctor M. Maúrtua, revisado por una nueva comisión en 1921 y, por último, aprobado sin discusión parlamentaria en enero de 1924.

5. Código Penal de 1924

a. Fuentes legales

Las fuentes legales a las que recurrió Maúrtua fueron diversas. Conservó 279
ciertos elementos del CP de 1863, transcribió muchas disposiciones foráneas, ya fuera de manera literal o variándolas parcialmente, o recurrió a ellas para modificar algunas existentes en la legislación anterior. Algunas veces, redactó, tomando como base una idea consagrada en uno de los modelos extranjeros, una regla sin precedentes en la legislación nacional o modificó algunas ya vigentes.

Así, pues, tenemos que los modelos utilizados por el legislador son, en or- 280
den de importancia, los Proyectos suizos de 1915-16 y 1918, el Proyecto italiano de 1921 y el Código de la misma nacionalidad de 1889, el Código argentino de 1921, el Código uruguayo de 1889 y el Proyecto sueco de 1918.

La influencia de este último es mínima; pero no irrelevante. Se refleja en la 281
adopción del sistema días-multa (art. 20). La influencia holandesa es patente en algunas disposiciones generales concernientes a la aplicación de la ley penal y, sobre todo, en las referentes al concurso de leyes y delitos. En el Libro tercero del Código, consagrado a las faltas, es notoria la influencia uruguaya.

La impronta italiana se halla presente sólo en la Parte general del Código. 282
Del Código de 1889, Maúrtua tomó en sus líneas generales, la sistemática, consistente en regular, primero, la ley penal, luego, la sanción y, por último,

la infracción. También adoptó su sistema de penas privativas de la libertad, paralelas (prisión de dos días a veinte años y penitenciaría de un año a veinte). Provienen, finalmente -sin ser exhaustivos-, del Proyecto italiano de 1921, elaborado por una comisión presidida por Ferri, el criterio de la peligrosidad, el sistema de índices generales subjetivos y objetivos para determinarla, que reemplazó al anterior sistema de agravantes y atenuantes; la relegación como medida de seguridad aplicable a los multireincidentes especialmente peligrosos y, por último, el "régimen de prisión".

283 Sin embargo, la influencia más intensa e importante es la helvética. Sin exagerar, se puede afirmar que se la encuentra en todos los títulos del Código, desde los primeros artículos concernientes al principio de legalidad hasta las reglas del último libro, consagradas a la regulación de su entrada en vigor y aplicación.

284 Esta influencia es particularmente nítida en lo referente a los elementos de la infracción y las medidas de seguridad. Las disposiciones suizas sobre inimputabilidad y culpabilidad fueron fielmente transcritas. Las normas peruanas sobre las causas de inculpabilidad, de justificación y de exclusión de la culpabilidad fueron modeladas de acuerdo con las fórmulas helvéticas; y lo mismo acaeció con aquellas que regulan el envío a una casa de reeducación por el trabajo de los delincuentes ociosos, o el internamiento en un hospital u hospicio de inimputables o de delincuentes de imputabilidad restringida.

285 Se aplicaron, generalmente, criterios suizos en la elaboración de la mayor parte de las figuras delictivas de la parte especial del Código. También el orden en que fueron agrupadas es muy semejante al de los proyectos helvéticos: delitos primero, contra la persona; segundo, contra la sociedad y, por último, contra el Estado.

286 Siguiendo, pues, este inédito camino, el legislador nacional se alejó de la tradicional fuente hispánica; quedando limitada, su hasta entonces enorme influencia, a las disposiciones del CP de 1863 que fueron conservadas y a las que fueron tomadas del Código argentino. En la parte especial, es más notoria la supervivencia de lo español; pero no porque el legislador se inspirara directamente en el modelo hispánico, sino porque mantuvo algunas disposiciones nacionales o incorporó algunas argentinas; o porque con frecuencia conservó, aunque de manera parcial, las anteriores expresiones castizas.

287 El abandono de la fuente española no fue una reacción de carácter político contra la antigua Metrópoli. Se trató más bien del alejamiento de una fuen-

te en estancación y vetusta. Los proyectos de reforma del Código español eran inferiores a los elaborados en los otros países europeos. El mejor de estos Proyectos, el de Montilla, fue de inspiración extranjera, precisamente suiza.

La orientación de la reforma penal tampoco se debió a un cambio en la concepción jurídica nacional. Los estudios de la ley penal, de la jurisprudencia y de la realidad delictiva no habían alcanzado un buen nivel. Las críticas al viejo Código eran frecuentes, sobre todo por parte de quienes defendían las ideas positivistas penales; sin embargo, no existía un arsenal de medios que hubieran permitido una reforma sin referirse de manera directa a modelos extranjeros. 288

Los modelos utilizados pertenecían a la misma "familia jurídica"; pero se diferenciaban en cuanto a la concepción que los inspiraba. El Código italiano de 1889 fue el máximo exponente de la concepción clásica, su Proyecto sirvió de molde al legislador uruguayo y fue precedido por el Código holandés de igual orientación. El Proyecto italiano de 1921, fue expresión de las ideas positivistas de Enrico Ferri y los proyectos suizos constituyeron excelentes manifestaciones de la corriente ecléctica de la política criminal (posición intermedia entre los extremos clásico y positivista). 289

Por estas circunstancias, puede afirmarse que el CP de 1924 fue ecléctico en su contenido y que la recepción de legislaciones extranjeras realizadas al ser elaborado es, igualmente, de naturaleza "pluralista o ecléctica". 290

b. Factores de la recepción del derecho penal foráneo en el Perú

A pesar de su comunicabilidad, es evidente que el derecho de un país no puede ser automáticamente transmitido o adoptado. El derecho está siempre condicionado por la realidad socio-política de cada estado y la concepción político-jurídica del legislador es determinante en el escogimiento de la fuente legal. El dominio del derecho, no sucede lo mismo en el dominio de las ciencias naturales, donde los resultados de las investigaciones, las innovaciones son adoptadas sin prestar atención a su origen nacional[225]. 291

Como en toda recepción, hay que señalar tres factores decisivos en el caso peruano. El primero es el de la dependencia política y cultural del Perú en relación con Europa. Si bien no es posible hablar, como lo hacía Koschaker, 292

[225] Cfr. Zaytay, 1957, p. 707.

de un "factor de poder", es claro que las normas legales europeas, sobre todo las suizas, provenían de países considerados como modelos a seguir, en razón de su éxito económico y político[226].

293 En nuestro libro "La ley importada. Recepción del derecho penal en el Perú", hemos analizado con más detenimiento este factor. Es más notorio respecto al derecho civil o comercial que al derecho penal. La integración de los estados al sistema económico imperante exige el establecimiento de un ordenamiento jurídico capaz de proporcionar las condiciones de estabilidad, seguridad y garantía para la inversión extrajera y, en general, para las relaciones con los demás países, sobre todo los dominantes. Con referencia a esta circunstancia, es interesante recordar lo afirmado por René David, jurista francés, autor de Código Civil etíope, quien dijo: "seamos francos, se trata, de una manera amplia, de atraer a las empresas extranjeras, a los créditos y a las garantías sin las cuales no vendrían a Etiopía". Estas exigencias o influencias de orden político-económico constituyen lo que se denomina "factor de poder".

294 El segundo factor que debe haber empujado al legislador a escoger los modelos extranjeros que utilizó, es el de la calidad legislativa que, en su criterio, poseían. Esto es cierto, sobre todo, en relación con los trabajos legislativos suizos: la simplicidad y claridad de redacción, la flexibilidad de las descripciones de los comportamientos punibles, la amplia libertad de criterio que reconocían al juez, el dualismo del sistema de sanciones, eran notas que permitían sostener que los proyectos helvéticos "eran eminentemente asimilables"[227]. El Proyecto Ferri gozaba en el Perú y demás países latinoamericanos de un gran prestigio, debido a que se inspiraban en la concepción positivista, muy en boga en estas latitudes, por ese entonces.

295 El tercer factor es de naturaleza fortuita; mejor dicho, se trata de un conjunto de circunstancias debidas al azar. En el caso peruano, estas circunstancias se dieron en la persona del autor del Proyecto: Víctor M. Maúrtua era mas bien un diplomático y especialista en Derecho internacional que un penalista. Su actividad diplomática en Europa y en América Latina, su

---

226 El gobierno de Leguía no habría jamás escogido, para dar un ejemplo extremo, como modelo el CP soviético de 1922, aun cuando materialmente le hubiera sido posible consultarlo. En la campaña electoral que tuvo lugar antes de la aprobación del Proyecto Maúrtua, el Gobierno publicó en los periódicos integralmente la breve exposición de motivos que le precedía.

227 Esta expresión fue empleada por Schwarz, 1938, p. 586, para calificar el CC suizo.

aguda inteligencia, su insaciable curiosidad intelectual y su conocimiento de idiomas extranjeros (francés e italiano con seguridad), le permitieron conocer los dos proyectos de Código más modernos, por entonces, y redactar, a su vez, un buen código, a pesar de que no era un especialista. Si el legislador helvético hubiera redactado sus proyectos únicamente en alemán, la influencia suiza habría sido mínima o inexistente[228]. Maúrtua debió conocer el CP holandés, cuando fue representante del Perú en la Haya[229]. Si los miembros de la comisión y, en especial, el autor del Proyecto hubieran sido magistrados, otra hubiera sido la orientación de la reforma penal peruana. Y, Aquí, no debemos olvidar que las comisiones que elaboraron los proyectos de 1877 y 1900-1902 estuvieron constituidas por jueces, quienes imbuidos por el sistema tradicional siguieron considerando como modelo la legislación hispánica.

El CP de 1924 fue recibido con entusiasmo por los juristas, en particular 296
extranjeros, y de manera negativa por los magistrados nacionales. El carácter ecléctico de la recepción peruana, permitió a los especialistas, según su concepción personal, alabar sus virtudes. Jiménez de Asúa destacó su orientación político-criminal y afirmó que "podía" figurar entre los más avanzados documentos legislativos y que se trataba de uno de los más importantes actos de la legislación penal contemporánea[230]. Mario Manfredini subrayó la influencia positivista[231]. En la Société Générale des Prisons de Paris, recibió comentarios favorables cuando aún era Proyecto y se sostuvo que había sido influenciado por la concepción jurídica francesa[232]. Estuardo Núñez consideró que era fácil discernir en el código peruano una importante influencia alemana[233]. Creemos que los elogios formulados con

228 Una traducción en español de dichos proyectos no existían por entonces. Las soluciones legislativas suizas hubieran podido ser conocidas parcialmente por el libro de Jiménez de Asúa, 1916.

229 Una traducción francesa de este código existía desde 1883, realizada por Willem-Joan Wintgens y publicada en París. Sin embargo, la versión consultada por Maúrtua parece haber sido una española, que es citada, sin referencias, por Ángel G. Cornejo y que no hemos logrado consultar.

230 Jiménez de Asúa, 1964, p. 58.

231 En Manfredini, 1925, p. 73.

232 Cfr. *RPDP*, 1919, p. 231 ss.

233 La posición de este autor peca de parcial. Si existe una influencia germánica en el Código peruano es debido a que los proyectos suizos se inspiran en las doctrinas alemanas. Esto es natural por las estrechas relaciones culturales que existen entre los cantones de habla alemana (constituyen la mayoría) y Alemania. Ver: Hurtado Pozo, 1972a.

relación al Código pecan de exageración; consideramos que se justifican en parte, si se tienen en cuenta tan sólo las innovaciones que contiene. Por ejemplo, las disposiciones sobre las medidas de seguridad y de prevención, la culpabilidad, la peligrosidad, la condena condicional, la liberación condicional, la rehabilitación, el patronato, el tratamiento de menores, Pero, un análisis del conjunto de sus disposiciones revela cierta incoherencia, debido justamente a la diversidad de fuentes utilizadas; y, hasta en algún momento, da la sensación de tratarse de un mosaico inarmónico.

297 En todo caso, tampoco fue correcta la actitud demasiado crítica de los magistrados. Las mismas instituciones loadas por los juristas, fueron consideradas como el resultado de una "doctrina exagerada y peligrosa, cuya aplicación es utópica y que producirá consecuencias funestas"[234].

c. *Enjuiciamiento de la reforma y asimilación del derecho recepcionado*

298 El legislador nacional no recepcionó mecánicamente las disposiciones extranjeras, sino que trató de adecuarlas a la realidad del país y prefirió aquellas que tuvieran un precedente en la legislación vigente; muchas veces, utilizó en la redacción de la nueva disposición el giro nacional o mantuvo en parte su contenido. Así, pues, logró, a pesar de las innovaciones que introdujo, una cierta continuidad legislativa.

299 El afán de nuestro legislador tendiente a tener presente la realidad nacional es notorio cuando tiene en cuenta, aunque imperfectamente, las diferencias existentes entre los habitantes del país. Lo hace, en primer lugar, estableciendo una medida de seguridad para los salvajes (pobladores primitivos de la Amazonía) y para los indígenas semicivilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo. Se trata de la "colocación en una colonia penal agrícola" en sustitución de la pena privativa de la libertad que se les hubiera impuesto. La finalidad era civilizar a los primeros e integrar a la sociedad los segundos[235].

---

234 Cfr. Memorias de los Presidentes de la Corte Suprema, Lizardo Alzamora y Carlos Waschburn, en *AJ* 1923, p. 238; 1924, p. 265.

235 Cfr. *RF* 1924, p. 356. Este criterio tiene un antecedente en la opinión que prevaleció para la organización de las encomiendas en la Colonia: el indio debía ser sometido a la tutela del colono blanco, como un menor de edad, para que recibiera los beneficios de la fe y la civilización. Ver: León, 1924, p. 368.

En segundo lugar, hay que señalar que estatuyó como delito independiente el sometimiento a servidumbre o situación análoga a cierta clase de indígenas (arts. 225 y 226)[236]. 300

Lo criticable en la obra del legislador peruano no reside en el hecho de que haya desertado de lo hispánico sino, en no haberlo realizado de mejor manera[237]. Es decir, partiendo de un mejor conocimiento de nuestra realidad y de las concepciones jurídicas contenidas en las disposiciones que recepcionaba, circunstancia que hubiera permitido estructurar una obra coherente y adecuada a nuestro medio. Además, debió comprender que, para una asimilación correcta de las ideas contenidas en dichas normas, era indispensable facilitar el acceso de los juristas y magistrados nacionales a las fuentes doctrinarias de donde procedían ya que, precisamente, su introducción no había sido precedida por su asimilación por parte de los especialistas. Esta labor, hubiera encontrado barreras casi insuperables entonces: en especial, porque la más importante fuente legal empleada, la suiza, consistía en proyectos que no habían sido estudiados orgánicamente[238]. 301

Por estas razones no se admitieron con facilidad, como sucedió en el caso de la recepción de la ley española en el CP de 1863, las ideas jurídicas de los países de donde provenían las disposiciones del nuevo Código. Así queda confirmado que las recepciones de naturaleza "plural o ecléctica" producen "leyes huérfanas"[239]. 302

Sin obras teóricas que orientasen a los jueces y sin los elementos materiales y administrativos indispensables, es natural que las nuevas reglas no fueran 303

---

236 La ineficacia de estas disposiciones no debe sorprender, ya que este tipo de relaciones de dependencia personal no pueden ser combatidas sin destruir las condiciones socioeconómicas que las generan.

237 Quintano Ripollés, 1953, p. 151, calificó al CP peruano de "cuerpo legal exótico" que comportaba un "grave desarraigo" de las costumbres peruanas tan ligadas a las españolas. Este autor parte de la idea de que "España no es tanto la fuente como vehículo receptador de las ideas dirigentes de doctrinas adecuándolas a la perspectiva nuestra, a la manera de pensar, de decir y sentir hispánica" (p. 83). En pocas palabras, presupone un cierto tutelaje cultural. Lo que se revela cuando dice: "al transplantar al suelo de América las nuevas ideas germánicas, los universitarios españoles... las hacen, a la vez, más idóneas para fructificar en gentes de nuestra raza, nuestra fe y nuestra lengua" (p. 83); cuando refiriéndose al krausismo dice que "era netamente español, siendo la personalidad de sus grandes teorizantes de Madrid la sola capaz de hacerla viable en mentes hispánicas" (p. 67).

238 Sólo después de la entrada en vigor del Código, aparecen las obras de Hafter, Thormann/von Overbeck, Logoz, Clerc, Germann.

239 Sand, 1974, p. 122.

aplicadas en un buen número[240]. Es el caso, por ejemplo, de aquellas concernientes a las medidas de seguridad[241], a los delitos contra la seguridad pública[242] y al concurso de leyes y de delitos[243].

304 Ello parece que era la confirmación de la crítica expresada por los magistrados respecto al carácter "utópico" de muchas disposiciones del Código. No obstante, este criterio fue exagerado y lo utilizaron con el propósito de impedir la incorporación a nuestro derecho de nuevas instituciones como la condena y la liberación condicionales, las medidas de seguridad y de prevención, el moderno tratamiento de los menores delincuentes, etc. Por el contrario, esto debió servir de ocasión para exigir una "*vacatio legis*" lo suficientemente extensa para que se estudiara la nueva ley y se organizaran con relativa tranquilidad las condiciones materiales mínimas para su aplicación. Además debió servir, también, para subrayar la necesidad de renovar, conforme a nuestra realidad, las disposiciones a importar y de realizar los estudios criminológicos indispensables.

305 Nos parece que la principal enseñanza de Maúrtua, autor del Proyecto, no fue tomada en cuenta. A su manera, indicó el camino a seguir: recurrir directamente a las fuentes extranjeras (legislación y doctrina) y tener presente la realidad nacional. Los magistrados siguieron empleando, en la aplicación de las nuevas disposiciones, sus esquemas mentales caducos; y los juristas, con raras excepciones, no asimilaron de manera correcta las concepciones jurídicas que se hallan implícitas en las normas recepcionadas[244]. El legislador no continuó en el camino que se había trazado; no elaboró una

---

240 Abastos, 1937-8, p. 8. Según él, el raro destino del Código es el de "envejecer sin haber sido aplicado".

241 Ningún gobierno ha hecho un esfuerzo serio para construir los locales adecuados. Esto es comprensible debido a la debilidad económica de nuestro Estado. Además, es de considerar que la diversidad de locales previstos no estaba de acuerdo con nuestra realidad. Si de tal esfuerzo económico no fue capaz Suiza, menos lo sería el Perú. La imposibilidad de aplicar las penas y medidas de seguridad de acuerdo con el Código, originó en Suiza, el proceso de reforma que culminó con la Ley federal del 18 de marzo de 1971. Cfr: Hurtado Pozo, 1972b, p. 149 ss. y bibliografía citada.

242 Las disposiciones que reprimen estas infracciones constituyen una reproducción fiel del modelo helvético, por lo que resultan en gran parte inadecuadas a la realidad socio-cultural nacional.

243 La aplicación de las disposiciones que lo regulan, conforme se percibe en la jurisprudencia, se ha efectuado, casi siempre, sin respetar los criterios que recogen.

244 Esta falta de asimilación de conocimientos, base para la elaboración de una concepción propia (no necesariamente original), no es monopolio de los juristas. En el dominio de la filosofía lo ha destacado Sobrevilla, 1975, p. 65.

política criminal racional y no impulsó los estudios sobre nuestra realidad delictiva. En buena cuenta, se limitó al "acto legislativo de la recepción" y descuidó totalmente la segunda fase de todo proceso receptivo, consistente en la asimilación; es decir, en la aplicación real de las instituciones incorporadas al derecho nacional[245].

Que esta situación del derecho penal peruano, que es parte de la "cultura nacional", sea el resultado fatal del estado de dependencia socio-cultural que caracteriza nuestra condición de país subdesarrollado, puede ser discutido. Pero es evidente que en este dominio carecemos, hasta ahora, de fuerza creadora, que las actividades son de índole sobre todo imitativa y que impera la improvisación. 306

d. Concepción de política criminal

La concepción clásica de la estricta legalidad, responsabilidad moral y pena-castigo, caracterizaba el sistema jurídico peruano anterior al CP de 1924. En el CP de 1863, de inspiración española, no se hacía concesión alguna a la prevención especial. La función principal y única de la sanción era el castigo de los malhechores. Las medidas de seguridad y de prevención eran desconocidas. El juez sólo disponía de un reducido margen de apreciación para individualizar la pena[246]. Esta orientación represiva fue abandonada al dictarse el CP de 1924. 307

Los criterios de política criminal de este Código se manifiestan en los siguientes aspectos: 308

a. La individualización de la pena de acuerdo con la culpabilidad y la peligrosidad del delincuente. A estos dos factores se les reconoció la misma importancia, de modo que el juzgador, en el momento de sancionar, podía armonizar los criterios de prevención general y especial, con arreglo a la personalidad del infractor.

b. La eliminación de la pena de muerte y la incorporación del sistema de penas paralelas, que permitía al juez sustituir la pena de reclusión por la de prisión, o ésta por la de multa.

c. La adopción del sistema dualista de penas y medidas de seguridad y de prevención. Entre las segundas, se encontraban, por ejemplo, la

245 Ver: Hirsch, 1993, p. 107 ss., respecto a la recepción del derecho extranjero en Turquía y la actitud gubernamental,

246 Hurtado Pozo, 1972a, p. 128.

colocación en una casa de tratamiento y de trabajo a los delincuentes ebrios habituales; la colocación en una sección especial de una escuela de arte y oficios o en una casa destinada sólo a la educación por el trabajo de los delincuentes que vivieran en el desarreglo o en la ociosidad; el internamiento en un hospital o en un hospicio de delincuentes inimputables o de imputabilidad disminuida; el internamiento de delincuentes multireincidentes.

d. La inclusión del tratamiento, sobre todo, preventivo, para los menores de conducta irregular, cuya aplicación era posible, en ciertos casos, aun cuando el menor no hubiera cometido una acción considerada como delictuosa.

e. La consideración de las diferencias existentes entre los habitantes del país. Para los miembros de las tribus "salvajes" de la amazonía, se estatuyó una medida de seguridad, consistente en el internamiento en una colonia penal agrícola. La misma medida y, así mismo, la atenuación de la pena fueron previstas respecto a los "indios semisalvajes y degradados por la servidumbre y el alcoholismo", quienes eran considerados como imputables disminuidos.

f. La admisión de la condena condicional, como medio para luchar contra las penas privativas de la libertad de corta duración; y de la libertad condicional, considerada como la última etapa de la ejecución progresiva de las penas privativas de la libertad.

g. La regulación de la rehabilitación y el patronato, instituciones destinadas a propiciar y a facilitar la reinserción del condenado a la sociedad.

h. El notable progreso en la técnica legislativa al elaborarse las disposiciones de la parte especial del Código (Libro Segundo). Un cambio importante en el catálogo de las infracciones lo constituyó, por ejemplo, la eliminación de los delitos contra la religión católica y la incorporación de los delitos contra la libertad de creencias y cultos.

309 Inmediatamente después de la dación del Código, el legislador dictó, de acuerdo con el modelo español, una ley sobre vagancia, en la que se establecían las medidas de lucha contra este estado, calificado de peligroso.

6. Legislación penal de 1924 a 1979

310 Después de 1924, el legislador modificó en varias ocasiones las disposiciones del Código.

En el sistema de sanciones del Código, la pena de muerte había sido eli- 311
minada, por estimarse que "su aplicación era rechazada por el país"[247]. En 1949[248], fue restablecida para sancionar el homicidio calificado y la alta traición, según lo previsto en la Constitución de 1933. En los años 1955, 1969 y 1970, se extendió su aplicación a los casos de rapto de menores seguido de muerte, de violación de menores y asalto a mano armada, cometido con el fin de hacer sufrir el acto sexual o contra natura a la víctima[249]. En 1965, su aplicación se generalizó a una serie de delitos, cometidos con el fin de ayudar al movimiento guerrillero[250].

En 1971, su aplicación fue limitada sólo a los delitos de alta traición y de 312
rapto de menores seguido de muerte[251]. Las razones fueron políticas. Sin embargo, ese mismo año fue estatuida para los casos de muerte provocada mediante bombas o explosivos. En 1973, su aplicación se volvió a establecer para los delitos de homicidio calificado, de ataque a los miembros de las Fuerzas Policiales y de robo seguido de muerte[252]. Por último, en 1974, se dispuso su aplicación para quienes, con fines políticos, mataran o lesionaran a otro empleando cualquier clase de medios[253]. Esta última modificación se caracterizó también por la extremada severidad de la represión de los atentados contra la vida o la integridad de las cosas, cuando no se produjera daño personal o material o sólo se causara este último. Para estos casos estatuía la pena de penitenciaria no menor de 20 años y la de internamiento no menor de 25, respectivamente.

Se agravaron las penas, también de manera excesiva, respecto a ciertos de- 313
litos contra los deberes de función (concusión, gestión desleal de intereses públicos, corrupción, previstos en el Código). La idea básica era que sin penas severas, no era posible moralizar la administración pública[254].

Con relación a los delitos contra la salud, de los cuales se dio una noción 314
bastante amplia en el Código Sanitario de 1969, se siguió el mismo criterio. Así, por ejemplo, se consideraron la violación de una norma de salud im-

247 Espino, 1982, p. 20.

248 DL N° 10976, del 25 de marzo de 1949.

249 Ley N° 12341, del 10 de junio de 1955; DL N° 17388, del 24 de enero de 1969 y DL N° 18140, del 10 de febrero de 1970.

250 Ley N° 15590, del 20 de agosto de 1965.

251 DL N° 18968, del 21 de setiembre de 1971.

252 DL N° 19910, del 30 de enero de 1973.

253 DL N° 10828, del 3 de diciembre de 1974.

254 Ver los considerandos del DL N° 17106, del 8 de noviembre de 1968.

portante, la huelga de hambre, la huelga del personal de los establecimientos sanitarios, el plagio y la ocultación de menores. De acuerdo con este Código, se prohibía, de manera expresa, la práctica del aborto terapéutico así fuera por consideraciones morales, sociales o económicas. Además, el médico era considerado responsable de los efectos que ocasionaran los medios anticonceptivos cuyo empleo hubiese recomendado[255].

315 El legislador persiguió una finalidad claramente represiva y de prevención general al ampliar de manera excesiva los plazos de prescripción de la acción penal, multiplicar los casos de interrupción y suspensión de la prescripción, agravar la situación de quien se alejara del país para evitar la acción de la justicia, y eliminar el plazo absoluto de prescripción[256]. No era otro el objetivo que motivó al legislador, a excluir la concesión de la condena o de la liberación condicionales a los autores de ciertos delitos; por ejemplo, actos terroristas, atentados contra la reforma agraria.[257].

316 La agravación de la represión tuvo lugar, también, a través de medidas que no tendían en apariencia a este objetivo. Así, la derogación del art. 194, que permitía, al condenado por delitos contra el honor, solicitar la substitución del 90 % de la pena privativa de la libertad que se le había impuesto por una multa proporcional. El fundamento falaz dado para la adopción de esta disposición, fue que dicha norma establecía un privilegio en razón a la riqueza de las personas, lo que se consideraba contrario al principio de la igualdad ante la ley[258].

317 La represión penal fue utilizada con el fin de garantizar la aplicación normal de ciertas reformas socio-políticas; por ejemplo, la reforma agraria, el control de divisas, el monopolio del comercio de metales y piedras preciosas, la reforma tributaria, la libertad de prensa, etc.[259]

---

255 DL N° 17505, del 18 de marzo de 1969; derogado parcialmente por el DLeg N° 121, del 12 de junio de 1981.

256 DL N° 19030, del 11 de noviembre de 1971 y DL N° 19962, del 27 de marzo de 1973.

257 Ver: DL N° 17106, del 8 de noviembre de 1968; DL N° 17388, del 24 de enero de 1969; DL N° 17716, del 24 de junio de 1969, art. 3 de las disposiciones especiales; DL N° 17816, del 16 de setiembre de 1969; DL N° 19049, del 30 de noviembre de 1971.

258 DL N° 20490, del 24 de diciembre de 1973. El mismo argumento fue invocado para eliminar la caución pecuniaria, condición para el otorgamiento de la liberación condicional, hecho que ha facilitado. por el contrario, la aplicación de esta institución.

259 DL N° 17716, del 24 de junio de 1969; DL N° 18457, del 3 de noviembre de 1970; DL N° 18882, del 15 de junio de 1971; DL N° 18275, del 15 de abril de 1970, derogado por el DL N° 21954, del 7 de octubre de 1977.

Pocas fueron las ocasiones en las que se abandonó o atenuó la represión 318
de ciertos comportamientos. Se puede citar, a título de ejemplo, el de los consumidores de drogas que dejaron de ser reprimidos como autores o cómplices del delito de tráfico ilícito de estupefacientes y para quienes se previó, conforme al DL N° 19505, del 22 de agosto de 1972, medidas de tratamiento.

Otro ejemplo es el de las disposiciones concernientes a las infracciones 319
contra la libertad y el honor sexuales, modificadas en 1974[260]. La edad de la víctima fue disminuida de 16 a 14 años. La razón jurídica invocada fue la necesidad de armonizar las disposiciones penales con las civiles. Desde la dación del Código Civil en 1924, era permitido el matrimonio de mujeres a partir de 14 años. El resultado inmediato de esta reforma fue la puesta en libertad de un gran número de detenidos como autores de estos delitos en agravio de menores de 16 y mayores de 14. El descongestionamiento de los establecimientos penales, casi todos superpoblados, fue uno de los objetivos perseguidos por el Gobierno mediante esta reforma. También, en la decisión de obligar al organismo encargado de estos establecimientos a informar, de modo permanente, al juez competente sobre los condenados que hubieran cumplido las dos terceras partes de la pena "para los efectos de conceder la liberación condicional"[261]. Esta preocupación estuvo, así mismo, implícita en el art. 148, inc. b, del CEP[262], por la que se otorgó al juez de ejecución penal la función de conceder la libertad condicional, de oficio o a solicitud del Ministerio Público. De esta manera, se esperaba hacer más expeditiva la liberación de los condenados que la merecían.

La no aplicación de varias de las nuevas instituciones incorporadas a nues- 320
tro ordenamiento jurídico mediante el CP de 1924, se debió a las insuficiencias del sistema procesal penal. La corrupción y los abusos resultantes de dejar en manos de la autoridad administrativa todos los aspectos de la ejecución de las penas, determinó que se volviera a otorgar al juez la facultad de conceder la libertad condicional. Para evitar viejas dificultades, se dio mayor intervención al Ministerio Público y se estableció la obligación de la Dirección General de Establecimientos Penales de informar de manera continua al juez sobre los condenados que hubieran cumplido los dos

260 DL N° 20583, del 9 de abril de 1974.

261 DLeg N° 121, del 12 de junio de 1981, art. 1.

262 DLeg N° 330, del 6 de marzo de 1985.

tercios de la condena, con el fin de que procediera a liberarlos de oficio (art. 1 del DLeg N° 121, que modificó el art. 62).

321 Al entrar en vigor el CP de 1924, el procedimiento estaba regulado por el viejo CPP de 1919. De manera que era natural que no contuviese los medios necesarios para hacer realidad la nueva orientación del derecho penal material. La desarmonía entre la ley procesal y la ley material fue, con frecuencia, invocada, sobre todo por los magistrados, contra la adopción del CdePP de 1940. Así, por ejemplo, de acuerdo con el art. 195, el juez instructor y el tribunal correccional podían ordenar, si las circunstancias lo exigían y si la posibilidad de realizarlo existía, el examen del acusado o de los testigos para determinar sus condiciones sicológicas e intelectuales. El juez instructor tenía la obligación de ordenar este peritaje cuando existía la presunción de que el acusado padeciera de enfermedad mental o de otro estado psico-patológico (art. 189). Sin embargo, no se puede sostener que el delincuente hubiera sido colocado en el centro del proceso penal, sobre todo si se considera la manera, como se llevaban a cabo los procesos.

322 En relación con las modificaciones más importantes hechas al CdePP después de su entrada en vigor, hay que señalar:

323 De acuerdo con el art. 210, la presencia del acusado en el momento del juzgamiento era necesaria y, según el art. 319, el tribunal no debía sentenciar hasta el día en que éste compareciera. Estas disposiciones fueron modificadas en 1971, el juzgamiento de los contumaces fue autorizado[263] y, en 1973, el de los ausentes[264]. La defensa de los derechos de los inculpados estaba en manos del defensor de oficio. El argumento en favor de esta reforma, según el legislador, era la necesidad de reducir al máximo las posibilidades de que el delincuente no fuera castigado, puesto que el juzgamiento del ausente tenía por efecto evitar la prescripción de la acción penal, de hacer correr desde entonces y exclusivamente la prescripción de la pena, mucho más larga. La función del derecho penal se redujo, de esta manera, a la de carácter represivo.

324 Preocupado por el retardo existente en la administración de la justicia penal, el gobierno modificó el procedimiento a seguir para juzgar a los autores de los delitos contra la vida y seducción, de daños materiales, usura,

263 DL N° 19030, del 11 de noviembre de 1971.

264 DL N° 19962, del 27 de marzo de 1973. Estas reformas han sido ratificadas mediante el DL N° 21895, del 2 de agosto de 1977.

especulación de productos alimenticios, etc. Se dispuso que el juez instructor juzgara en primera instancia y el tribunal correccional en la segunda y última. En los procesos ordinarios, este tribunal debía estatuir en primer lugar y la Corte Suprema era el órgano de apelación[265].

En otros casos, la necesidad de una justicia rápida fue considerada como 325
condición indispensable para alcanzar el fin de prevención general del derecho penal. Así, se estableció un procedimiento sumario para juzgar a los autores de robo[266]. Los procesados por atentados, con fines políticos, contra la vida de las personas o la integridad de las cosas y atentados contra los miembros de la Policía fueron sometidos a la Justicia Militar por considerarla bastante expeditiva[267]. Con este mismo objetivo, se estatuyeron tribunales correccionales unipersonales para juzgar a los delincuentes, para quienes el fiscal no pidiera más de 6 años de pena privativa de la libertad[268].

El afán de lograr una mayor celeridad en la administración de justicia ins- 326
piró, en gran parte, del DL N° 21895, del 2 de agosto de 1977. Con este objetivo, se trató de regular mejor los medios de defensa del procesado (cuestiones previas, cuestiones prejudiciales y excepciones); se disminuyó el plazo de duración de la instrucción (hasta 5 meses), prorrogable por una sola vez por un lapso no mayor de 50 días; se estableció algunos plazos perentorios que el Código procesal no señalaba; se dispuso la substitución de miembros del tribunal colegiado, del abogado defensor designado por el acusado, para evitar la frustración del juicio oral; se aceleró el trámite de éste, eliminando o aligerando algunas de sus bases; se flexibilizó la regulación de las causales de nulidad.

Esta enumeración esquemática de lo dispuesto en el DL N° 21895, sería 327
demasiado incompleta, si no señaláramos que modificó el criterio cuantitativo para distinguir entre faltas y delitos contra el patrimonio y la salud; en el primer caso, fijó 10,000.00 soles y, en el segundo, indicó 10 días de asistencia facultativa o de impedimento para trabajar, para cuando el agente actuara con dolo, y 15 días, para los comportamientos culposos (negligentes). Por último, indiquemos que amplió la aplicación de la "condena

265 DL N° 17110, del 8 de noviembre de 1971.

266 DL N° 19910, del 30 de enero de 1973, art. 5.

267 DL N° 20828, del 3 de diciembre de 1974, art. 3; DL N° 19910, del 30 de enero de 1973, arts. 2 y 3.

268 DL N° 12060 del 23 de diciembre de 1969.

condicional", al hacer posible su concesión cuando la pena impuesta fuera hasta de 2 años de prisión.

328 Este decreto ley tuvo los vicios y virtudes de toda reforma parcial, que tiende más a encontrar una solución inmediata para problemas prácticos urgentes o, al menos, aliviarlos en parte, que a trazar las pautas de una reforma integral. Como en el dominio del derecho penal sustantivo, en el derecho procesal el legislador también tiene una política del "*coup par coup*".

329 El sistema dualista de penas y medidas de seguridad previsto por nuestro legislador en 1924, no ha podido ser aplicado por la carencia de establecimientos penales, la inexistencia de centros de tratamiento y la falta de personal preparado. El mismo legislador reconoció que el nuevo Código no produciría, de inmediato, todos sus efectos debido a las deficiencias de infraestructura, antes señaladas. Asimismo, sostuvo que era necesario promulgarlo en razón a que sus disposiciones contenían el programa a cumplir para mejorar la represión penal[269]. Pero, es evidente que tal programa era demasiado ambicioso con relación a la situación social y económica del país. El modelo helvético que siguió, sobre todo, nuestro legislador para estructurar el sistema de sanciones se reveló inaplicable en la misma Suiza. Este hecho empujó al legislador helvético a modificar, en 1971, el sistema de su Código con el fin de adecuarlo a la realidad[270].

330 En nuestro medio, los intentos de reforma penitenciaria, no han sido precedidos por una revisión a fondo del sistema normativo que lo regula en sus lineamientos generales y los gobiernos no han proporcionado o podido proporcionar "los medios financieros adecuados, sin los cuales, por lo demás, un Estado civilizado no puede realizar ninguno de los fines de su actividad de una manera eficaz y útil"[271].

331 Esta misma situación ha impedido que se logre la eficacia deseada en relación con los problemas que ocasionan los menores de conducta irregular. La orientación adoptada por el legislador en 1924, en este dominio, fue acentuada y desarrollada con la promulgación del Código de menores de 1962. De esta manera, se estableció una nítida separación entre el derecho penal de adultos y el derecho preventivo de menores. En la práctica, las disposiciones muy avanzadas del Código de Menores no fueron total y convenientemente aplicadas.

---

269 Espino, 1982, p. 28.

270 Ver: Hurtado Pozo, 1972b, p. 103.

271 Espino, 1982, p. 28.

El patronato, medio importante de prevención de la reincidencia, no fue bien organizado ni se dotó de los medios necesarios para cumplir sus fines de asistencia moral y material y de vigilancia de los condenados y liberados (condicional o definitivamente). 332

7. Código Penal de 1991

a. Presupuestos de la reforma

Si bien la entrada en vigencia de la Constitución de 1993 no dio lugar a iniciativa alguna para reformar el Código, dictado durante la vigencia de la Constitución derogada, casi desde su promulgación, por el contrario, comenzaron y se multiplicaron las propuestas para modificar un buen número de sus disposiciones. La mayoría de las propuestas conciernen a la parte especial y sólo unas pocas se refieren a la parte general. Todas ellas, sin embargo, se caracterizan por su tendencia a acentuar el carácter represivo del Código. 333

Toda reforma legislativa está condicionada por factores de diversa naturaleza. Las circunstancias sociales y políticas juegan un papel decisivo, en la medida en que ponen de manifiesto que existen conflictos o situaciones críticas en la vida comunitaria, los mismos que requieren modificar o complementar el sistema legislativo. En materia penal, esto significa que los intereses individuales y sociales no son protegidos, de manera eficaz, frente a la intensificación o la aparición de nuevas formas de agresión. De manera que el sistema de control penal debe ser revisado y mejorado respecto al sistema de normas que le sirven de base. 334

Esta constatación requiere un análisis del funcionamiento global de dicho sistema de control, puesto que las deficiencias de su funcionamiento pueden ser debido a otras causas que la referente a las insuficiencias del sistema de normas. Un ejemplo muy claro es la manera formalista en que los órganos judiciales interpretan y aplican las disposiciones legales. Éstos esperan, cada vez que van a juzgar un caso, que éste se encuentre literalmente previsto en el texto legal y si estiman que no lo está, reclaman la intervención del legislador para que aclare el texto legal, a pesar de que esto hubiera podido realizarse mediante una interpretación creativa dentro del marco establecido por las leyes y por la Constitución. En casos de este tipo, no es necesaria la reforma de la ley, sino desarrollar su sentido hasta donde lo permita el marco del texto legal. Otro ejemplo es el de considerar, con 335

asiduidad, como se hace en nuestro medio, que la frecuencia e intensidad con que es cometido un delito durante un periodo, hace necesaria la modificación de la ley. La simple modificación de ésta, ampliando su campo de aplicación o aumentando la severidad de la pena que prevé, no es la respuesta adecuada para controlar ese fenómeno social.

336 En el marco jurídico, esto implica que se haya estudiado el sistema normativo penal y el régimen de política criminal en que éste se fundamenta. Lo que permitiría detectar las deficiencias legislativas y el sentido en que deben ser corregidas. De lo contrario, sucederá, como acontece muchas veces entre nosotros, que se recurra a nociones y modelos legislativos foráneos para modificar o sustituir normas que, en buena cuenta, no han sido bien interpretadas ni aplicadas. Hecho que, con cierta frecuencia, está motivado por el afán de introducir categorías supervaloradas por su real o supuesta mayor modernidad. Lo que trae como consecuencia, por un lado, que se abandone totalmente, a pesar de su corrección básica, la estructura y los principios de la ley penal a modificar. Produciendo confusión entre quienes se habían familiarizado con su aplicación, efecto perverso de la modificación que hubiera sido evitado si se hubiera conservado el esquema original de la ley. Por otro, que se recurra a diversas fuentes legales con lo que se termina elaborando una ley que puede ser descrita como un mosaico variopinto y, en alguna forma, poco coherente.

337 Entre los factores no jurídicos, hay que considerar, por ejemplo, las condiciones materiales y personales para realizar una reforma penal, como la modificación del Código. El equipo de expertos constituido para elaborar un Proyecto deberá contar con la infraestructura necesaria para realizar con seriedad sus labores. Las cuales deben implicar, al menos, la elaboración de ponencias y su discusión adecuada para adoptar de manera progresiva los textos definitivos. Este método de trabajo no sólo evita la improvisación, sino que permite la redacción de las actas de las reuniones de la comisión. Además, da transparencia a su desempeño y produce una fuente de información necesaria para la interpretación futura de las normas que se adopten. Esta transparencia debe existir en todos los niveles del proceso, sobre todo en la etapa en que la propuesta de la comisión es transmitida al Ministerio de Justicia, en el que se decidirá si y en qué versión se remitirá el proyecto al Parlamento. De la misma manera, esta exigencia es imperativa en los trabajos de la Comisión Parlamentaria, para que se sepa quiénes, en calidad de asesores oficiales u oficiosos, intervienen en la redacción definitiva del texto que será discutido en el Congreso.

Por último señalemos que el factor primario y decisivo es la voluntad política para que, según claros criterios de política criminal, se lleve a cabo la reforma. La cual debe ser concebida no sólo como el acto legislativo para elaborar y dictar la ley de reforma, sino como un proceso que continua con la creación de las condiciones institucionales necesarias tanto para su aplicación, como para su posterior y adecuado desarrollo. 338

b. Antecedentes de la reforma

El CP de 1991 es el resultado de un largo proceso de reforma[272]. El primer Proyecto data de 1984, seguido por otro de 1985, ambos fueron elaborados por la misma comisión; sin embargo, difieren bastante uno del otro. El primero era más conservador en la medida que sus autores se apegaron, sobre todo, al CP Tipo para Latinoamérica. El Proyecto de 1985 sigue, en particular en la parte general, al CP brasileño modificado en 1984 y, de manera restringida, al CP argentino reformado el mismo año y al CP uruguayo revisado en 1985. Esta influencia es particularmente importante en cuanto al sistema de sanciones penales: se modifica substancialmente la técnica de la doble vía y se introducen sanciones alternativas para las penas privativas de la libertad. El Proyecto de 1986 no difiere en lo esencial de lo que plantea el de 1985. 339

En 1990, una nueva comisión continuó los trabajos de reforma[273], la cual elaboró un nuevo Proyecto (publicado en julio de 1990). Basado en el Proyecto de 1986, el de 1990 es de orientación diferente, siendo sus fuentes principales el CP alemán de 1975, el Proyecto alternativo alemán de 1962 y los proyectos españoles de 1980 y 1983. En razón a que el plazo fijado por el Parlamento, en la ley por la que delegaba facultades legislativas al Poder Ejecutivo, para que dictará el nuevo Código, había vencido, se designó una nueva comisión revisora. El resultado de los trabajos de ésta fue el Proyecto de enero de 1991, en el que se reproducen las propuestas del Proyecto anterior modificándolas, algunas veces, de manera insignificante. Este último Proyecto fue promulgado como Código Penal mediante el DLeg N° 635, del 3 de abril de 1991. 340

272 Zuñiga Rodríguez, 1991, p. 515; Guzmán Dálbora, 1991, p. 635 ss.

273 Ley N° 23859, del 25 de octubre de 1984 y Ley N° 24911, del 8 de julio de 1988.

c. *Concepción de política criminal*

341 En la exposición de motivos del Código, se explica sucintamente el porqué de la reforma afirmando: "Es dable reconocer que el Código cuya vigencia cesa, constituyó en su época un paso trascendental en relación a las ciencias penales que le antecedieron. Sin embargo el paso irreversible del tiempo, con los nuevos avances doctrinales y la explosiva realidad social del país estremecieron su estructura funcional. El fenómeno criminal con los índices alarmantes y las nuevas modalidades violentas de la desviación social presionaban por mejores propuestas de reacción punitiva"[274]. De este confuso lenguaje parece deducirse, primero, que se consideró que los criterios doctrinales en que se fundaba el CP de 1924 habían sido largamente superados y que, por tanto era necesario actualizarlos.

342 Siguiendo la evolución de las ideas penales, podría decirse que las concepciones causalistas debían ser remplazadas por las concepciones finalistas. Sin tener en cuenta que la reforma del Código alemán de 1871, en 1975, fue influenciada sólo de modo excepcional (en lo referente a la regulación del error) por la discusión entre los defensores de las concepciones mencionadas y que duró largas décadas. Segundo, que las nuevas formas de criminalidad y su carácter violento exigían que se modificara el sistema de penas del Código. Ámbito en el que se produjeron los cambios substanciales que se introdujeron en el CP alemán, gracias al trabajo de los autores del Proyecto alternativo, preocupados sobre todo por cuestiones de política criminal. Esperemos que la reforma del CP de 1991 no sea ocasión para que se pretenda, por parte de ciertos iniciados, recurrir a criterios funcionalistas, sólo en razón al hecho de que están en boga y, por tanto, sin tener en cuenta si han logrado constituirse en doctrina dominante, si su aplicación ha dado buenos resultados en los países en que hayan sido recogidos en la ley penal y sin adecuarlos a nuestro medio.

343 Los autores del Proyecto final, con el fin de explicar cuál debía ser el contenido del nuevo Código, sostuvieron que la empresa de la reforma "debería abocarse no solamente a adaptar el Código al sistema político dibujado por la Constitución sino, también a las nuevas realidades de nuestra sociedad y a los avances que presenta (sic) en esta hora la política criminal, la dogmática penal, la criminología y la ciencia penitenciaria"[275]. Claro que en lo que piensan los reformadores es en los estudios dogmáticos y de campo efectuados en el extranjero y, sobre todo, en Alemania, puesto que el CP

[274] CP de 1991, p. 6.

[275] CP de 1991, p. 6.

de 1924, a pesar de su larga vida, no fue estudiado de modo suficiente ni tampoco investigó nuestra realidad delictiva y, por tanto, no se formularon propuestas globales sobre la orientación que debía tener su reforma. En la misma situación nos encontramos en el momento en que se inicia un nuevo proceso con miras a modificar o sustituir el CP de 1991 antes de que haya alcanzado la adolescencia.

Limitándonos a la Parte General del Código, señalemos que tres de los aspectos destacados en la exposición de motivos se refieren, primero, a la nueva regulación del error de tipo legal y del error de prohibición siguiendo el modelo del CP alemán. Así, se abandonó la deficiente regulación prevista en el CP de 1924, establecida conforme a los criterios de error de hecho y error de derecho[276]. Segundo, a la incorporación del mal denominado "error de comprensión culturalmente condicionado" para eliminar el trato indebido dado a los indígenas y nativos de la Selva por el Código derogado[277]. Por último, al sistema de penas, considerado como positivamente innovador[278]. 344

La adopción del Código vigente no constituyó el abandono del modelo suizo que inspiró al legislador de 1924. En realidad, muchas de sus disposiciones no llegaron a ser correctamente comprendidas ni aplicadas y, sobre todo, su orientación fue modificada de manera paulatina, en favor de una concepción cada vez más retributiva, por innumerables cambios que se realizaron tanto en la parte general como en la especial. No extraña, en consecuencia, que los autores de los diferentes proyectos hayan optado por diversos criterios: desde el tecnicismo jurídico inspirado por el CP Tipo para Latinoamérica en los primeros proyectos, hasta la recepción, en los proyectos finales, de disposiciones de múltiples códigos y proyectos, tanto europeos como latinoamericanos. La tendencia ha sido la de siempre: importar las disposiciones legales foráneas estimadas como las más modernas, apreciación hecha sobre la base del simple texto y sin analizar los resultados obtenidos por su aplicación en el país de origen. Esto es, en particular, criticable en la recepción de las normas de los Códigos de Brasil y de Portugal referentes al sistema de penas, sin un conocimiento cabal de las legislaciones de estos países ni de su funcionamiento concreto. 345

276 CP de 1991, p. 7.

277 CP de 1991, p. 7.

278 CP de 1991, p. 8 ss.

8. Legislación penal de 1991 a 2003

346 El Código ha sido objeto, casi desde su entrada en vigencia, de una serie de modificaciones tanto de la parte general como de la especial. De la misma manera que, con respecto al CP de 1924, la orientación ha sido acentuar su aspecto represivo y el resultado obtenido, una desnaturalización de las orientaciones seguidas en su elaboración.

347 Sin pretender enumerar de manera exhaustiva esas modificaciones, señalemos algunas de ellas. En cuanto a la parte general, cabe resaltar la dación de las normas siguientes:

- Ley N° 25384, del 19 de diciembre de 1991, sobre la exención y reducción de penas, previstas en los art. 20 y 21, respecto a los partícipes en los delitos previstos en las Secciones II, III y IV del Capítulo II del Libro Segundo del Código.
- DL N° 25499, del 12 de mayo de 1992, sobre beneficios de reducción, exención, remisión o atenuación de la pena, a los responsables por delitos de terrorismo.
- DLeg N° 899, del 26 de mayo de 1998, sobre la represión del denominado pandillaje pernicioso.
- DLeg N° 654, del 2 de agosto de 1991, por el cual se dictó el CEP, regulándose en un cuerpo unificado la aplicación de las penas.

Respecto a la parte especial, hay que señalar las siguientes disposiciones:

- Ley N° 27636, del 16 de enero de 2002, Capítulo V del Título XIV-A del Libro Segundo del Código, relativo a los delitos de manipulación genética.
- DL N° 26122, del 30 de diciembre de 1992, denominado Ley sobre la represión de la competencia desleal.
- DL N° 25592, del 26 de junio de 1992, que prevé la pena privativa de libertad para funcionarios o servidores públicos que priven a una persona de su libertad, ordenando o ejecutando acciones que tengan como resultado su desaparición.
- Ley N° 26461, del 24 de mayo de 1995, Ley de los delitos aduaneros (derogada y reemplazada por la Ley N° 28008, del 19 de junio de 2003).

- DLeg N° 813, del 19 de abril de 1996, llamada Ley Penal Tributaria.
- Ley N° 26478, del 31 de mayo de 1995, por el cual se dispuso la exclusión del beneficio de indulto a los autores de secuestro agravado.
- Ley N° 26248, del 12 de noviembre de 1993, se amplió la Ley de arrepentimiento a las personas involucradas, procesadas, sentenciadas por los delitos de terrorismo o de traición a la patria, a excepción de los que pertenezcan a un grupo de dirigentes de una organización terrorista.
- Ley N° 26508, del 20 de julio de 1995, se previó el inconstitucional delito de traición a la patria.

En el dominio del procedimiento penal, diversas disposiciones fueron dictadas tratando de mejorar y hacer más eficaz la realización de los procesos: 348

- DL N° 25582, del 22 de junio de 1992, sobre el procedimiento especial en relación con los casos de colaboración eficaz.
- Ley N° 26320, del 2 de junio de 1994, referente a la terminación anticipada del proceso cuando, en una audiencia especial, el imputado admite los cargos y se logra, con la aceptación del fiscal, un consenso sobre la pena; el juez dicta sentencia ateniéndose a este acuerdo (modelo italiano del *pattergiamento* y de la ley colombiana).
- Ley N° 28008, del 19 de junio de 2003, deroga y reemplaza la Ley N° 26461 que prevé los delitos aduaneros.
- DL N° 25708 y DL N° 25744, del 13 de agosto y 27 de septiembre de 1992, respectivamente, calificación de ciertos actos terroristas como delitos de traición a la patria y el juzgamiento de los imputados por el fuero militar.
- Ley N° 26248, del 25 de noviembre de 1993, Ley N° 26671, del 12 de octubre de 1996 y Ley N° 26655, del 17 de agosto de 1996, modificación parcial del procedimiento de los delitos de terrorismo, restablecimiento del recurso de revisión sin nueva prueba, exclusión de la condena en ausencia, corrección del ejercicio del hábeas corpus, supresión de los jueces sin rostro y admisión de conceder la liberación condicional.
- Ley N° 26447, del 20 de abril de 1995, los procesos por delitos de terrorismo, previstos en el DL N° 25475, estaran a cargo de los magistrados correspondientes conforme a las normas procesales y orgánicas vigentes.

- Ley N° 26950, del 19 de mayo de 1998, autorización al Poder Ejecutivo a legislar sobre Seguridad Nacional.
- DLeg N° 895, 896 y 899, de mayo de 1998, en los que se reguló el denominado delito de terrorismo agravado, se agravaron las penas de ciertos delitos comunes y se previó el llamado pandillaje pernicioso con relación a los adolescentes infractores. Se dispuso que los delitos previstos en las dos primeras leyes fueran de la competencia del fuero militar. La fase de la instrucción de este procedimiento, marcadamente inquisitivo, debía demorar un máximo de 20 días (prorrogables en diez) y la competencia para la represión era nacional y no según el foro de comisión.
- DLeg N° 638, del 25 de abril de 1991, llamado CPP, cuya vigencia fue suspendida (salvo la de alguna de sus disposiciones) con la finalidad de que sea adecuado a las disposiciones de la Constitución de 1993.
- Ley N° 27378, del 21 de diciembre de 2000, beneficios por colaboración eficaz en el campo de la criminalidad organizada.
- Ley N° 27379, del 21 de diciembre 2000, ampliación de las facultades de la Fiscalía y del Fiscal de la Nación para realizar investigaciones preliminares y solicitar medidas excepcionales limitativas de derechos.
- Ley N° 27411, del 17 de enero de 2001, procedimiento especial para los casos de homonimia.
- Ley N° 27454, del 24 de mayo 2001, prohibición de la *reformatio in pejus*, admitido de manera amplia por la jurisprudencia.
- Ley N° 27553, del 13 de noviembre 2001, modificación de los plazos de prisión preventiva (art. 137 CdePP) y de la etapa de la instrucción (art. 202 CdePP).
- Ley N° 27652, del 24 de enero 2002, recusación de jueces y medidas cautelares (art. 33 a 36 y 95 del CdePP).
- Ley N° 27697, del 12 de abril 2002, toma de conocimiento y el control de las comunicaciones de las personas concernidas por una imputación penal en el marco de una investigación penal o judicial.
- Ley N° 27765, del 20 de julio de 2002, Ley Penal contra el Lavado de Activos, represora de los actos de conversión y transferencia, ocultamiento y tenencia de dinero, bienes, efectos o ganancias de procedencia delictiva; así mismo, de la omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas.

- Ley N° 27834, del 21 de setiembre 2002, derecho del procesado a no ser sometido al interrogatorio de la instructiva y a que su negativa a responder no constituye prueba de cargo.
- DLeg N° 922, del 11 de febrero 2003, nulidad de los procesos por traición a la patria, realizados en la jurisdicción castrense.
- DLeg N° 926, del 20 de febrero 2003, anulación de oficio de la sentencia, juicio oral y acusación en los procesos penales que llevaron a cabo vocales y fiscales sin rostro.
- Ley N° 27939, del 12 de diciembre 2003, alcances de la punición respecto a las faltas y el procedimiento a seguir.
- Ley N° 27936, del 28 de enero de 2003, modificación del art. 20, inc. 3, lit. b del Código, que regula la legítima defensa, particularmente sobre el requisito de la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la ataque ilícito.

9. Legislación penal de 2004 a 2010.

Entre los años 2004 a 2010, el sistema penal ha sido, casi siempre por cues- 349
tiones coyunturales, modificado y, así, se ha acentuado la función simbólica del derecho penal.

- Ley N° 26320, del 02 de junio de 2004, modificación del art. 298, párrafo final, relativo a la represión de la microcomercialización y microproducción de drogas y estupefacientes; establecimiento de un procedimiento para la terminación anticipada de los procesos penales en materia de tráfico ilícito de drogas y los beneficios penitenciarios correspondientes.
- Ley N° 28492, del 18 de marzo de 2005, referente al art. 418, que reprime el delito de prevaricato.
- DLeg N° 959, del 16 de agosto de 2004, modifica el CdePP: arts. 16 (facultades de la Corte Suprema), 20 (acumulación y desacumulación procesal), 33 y 34 (trámite de la inhibición y la recusación, y el plazo para su interposición), 57 (facultades de la parte civil), 90 (incidencias), 217 (poder disciplinario de la Sala de juzgamiento), 232 (solicitudes probatorias y medios de defensa), 243 (alegato de apertura e interrogatorio fiscal), 244, 246 y 247 (examen e interrogatorio del acusado), 256 (examen especial de testigos y acusados), 262 (oralidad de la prueba documental), 292 (resoluciones recurribles en nulidad),

297 (recurso de queja), 300 (recurso de nulidad), 362, 364 y 365 (legitimación, trámite y efectos de la demanda de revisión). Así mismo, se incorporaron los arts. 34-A (rechazo *in limine* de la recusación e inhibición), 188-A (nulidad de transferencias), 285-A (principio de correlación entre acusación y sentencia, y posibilidad de modificación de la calificación penal) y 301-A (precedente obligatorio, sentencias y acuerdos plenarios).

- Ley N° 28704, del 05 de abril de 2006, relativo a los delitos sexuales, se aumentan severamente las penas y se fija un nuevo régimen de beneficios penitenciarios.
- Ley N° 28726, del 05 de mayo de 2006, se reincorpora al sistema penal peruano las figuras de la reincidencia y habitualidad (art. 46, incs. 12 y 13, arts. 46-B y 46-C, correspondientes a la individualización de la pena), modifican las reglas del concurso ideal de delitos (art. 48), de la conversión de las penas limitativas de derechos a privativa de libertad (art. 55) y del cómputo de la prescripción en los casos de reincidencia (art. 440); se cambia el quantum económico que delimita el delito de la falta en el caso del hurto simple y de los daños.
- Ley N° 28730, del 20 de abril de 2006, modificación del art. VIII, referido a la prohibición de exceso en la imposición de la pena que, según dicha norma, no regiría para los casos citados; incorporación de un párrafo final al art. 69, relativo a la rehabilitación automática.
- Ley N° 28760, del 14 de junio de 2006, agravación de las penas de los delitos de sustracción de menor (art. 147), secuestro (art. 152) y extorsión (art. 200) e improcedencia de beneficios penitenciaros para estos dos últimos.
- Ley N° 28950, del 16 de enero de 2007, Ley contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes, modificación de los arts. 153 y 153-A (delito de trata de personas), art. 303-A, art. 303-B (delito de tráfico ilegal de migrantes, en sus formas básicas y agravadas).
- DLeg N° 985, del 22 de julio de 2007, modificó los arts. 3, 4 y 6-A del DL N° 25475 (delito de terrorismo), declarando improcedentes los beneficios penitenciarios para los autores de este delito.
- DLegs N° 987, 988 y 989, del 22 de julio de 2007, modificaron la Ley N° 27378 (beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada), la Ley N° 27379 (procedimiento para adoptar medidas limitativas de derechos en la investigación preliminar) y la

Ley N° 27934 (intervención de la PNP y el Ministerio Público en la investigación preliminar del delito).

- DLeg N° 990 y 991, del 22 de julio de 2007, modificaron el Código del niño y adolescentes, en la parte referida al pandillaje pernicioso; y la Ley N° 27934 que faculta al fiscal para reintervenir y controlar comunicaciones y documentos privados.
- DLeg N° 992, del 22 de julio de 2007, reguló el proceso de pérdida de dominio, que constituye una figura procesal por la cual se puede discutir la viabilidad de la extinción, a favor del Estado, de los derechos y/o títulos de bienes de procedencia ilícita.
- DLeg N° 1034, del 25 de junio de 2008, Ley de prohibición y sanción administrativa de las conductas anticompetitivas en el mercado, se derogan los arts. 232, 233 y 241, inc. 3, relativos a los delitos de abuso de poder económico en el mercado, acaparamiento y licitaciones colusorias, respectivamente.
- DLeg N° 1044, del 26 de junio 2008, aprobó la Ley de represión de la competencia desleal, eliminando los arts. 238, 239 y 240, que peveían los delitos de publicidad engañosa, el fraude a los consumidores en la venta de bienes o prestación de servicios y el delito de competencia desleal, respectivamente.
- Ley N° 29263, del 02 de octubre de 2008, modificación de los arts. 217, 218, 221 y 224, incorporándose los arts. 220-A, 220-B, 220-C, 220-D, 220-E, 220-F y 444-A, relativos a los delitos contra los derechos del autor y contra la propiedad industrial; modificación del Titulo XIII, relativo a los delitos ambientales.
- Ley N° 29307, del 31 de diciembre de 2008, modificación del art. 198 y 245 (delito de administración fraudulenta y al delito financiero de ocultamiento, omisión o falsedad de la información) e incorporación del art. 198-A, sobre la represión del auditor de la persona jurídica que no haga constar en su informe de auditoría la existencia de distorsiones o tergiversaciones significativas en la información contable-financiera de ésta.
- Ley N° 29439, del 19 de noviembre de 2009, modificación de los arts. 22, 36 inc. 7, 111, 124, 274, 368, 408 e incorporación de los arts. 274-A, 279-F; además, la puesta en vigencia, en todo el país, de los art. 210, inc. 4 y 213 del NCPP, relativos al registro de personas y al examen corporal para la prueba de alcoholemia.

- Ley N° 29460, del 27 de noviembre de 2009, abolición de la pena de expatriación.
- Ley N° 29499, del 19 de enero de 2010, Ley de la vigilancia electrónica, incorporación del art. 29-A y modificación del art. 52, relativos a la tipificación y ejecución de la pena de vigilancia electrónica personal, y a la conversión de la pena privativa de libertad.
- DLeg N° 1094, del 01 de septiembre de 2010, Nuevo Código Penal Militar Policial.
- DLeg N° 1095, del 01 de septiembre de 2010, regula el empleo y uso de la fuerza por parte de las FFAA en el territorio nacional.
- DLeg N° 1096, del 01 de septiembre de 2010, modifica la Ley N° 29182, del 11 de enero de 2008, de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial.
- DLeg N° 1097, del 01 de septiembre de 2010, regulación de la aplicación de normas procesales para delitos de violación de derechos humanos y su sobreseimiento. Norma derogada por la Ley N° 29572, del 15 de septiembre de 2010.
- Ley N° 29583, del 18 de septiembre de 2010, modificación de los arts. 186, 195, 206, 281 y 283, para reprimir los actos contra los servicios públicos.
- Ley N° 29604, del 22 de octubre de 2010, modificación de los arts. 48-B y 46-C y el art. 46 del CEP.
- Ley N° 29632, del 17 de diciembre de 2010, incorporación del art. 288-C, que reprime la producción y comercialización de bebidas alcohólicas ilegales.

Respecto a la vigencia del Nuevo Código Procesal Penal de 2004, y a la normativa que dispuso su implementación progresiva en los distritos judiciales del país, cabe resaltar:

- DLeg N° 957, del 28 de julio de 2004, promulgación del NCPP[279], elaborado por la Comisión de Alto Nivel creada mediante DS N° 005-2003-JUS, del 14 de marzo de 2003. En dicho código, se materializa el sistema procesal acusatorio, conforme a las disposiciones de la Constitución de 1993.

279 Consultar sobre el NCPP, Sánchez Velarde, 2009, p. 10 ss.

- DLeg N° 958, del 29 de julio de 2004, puesta en vigencia progresiva del NCPP (actualmente, rige en gran parte de los 29 distritos judiciales, inclusive el distrito judicial de Lima, en materia relativa a ciertos delitos cometidos por funcionarios públicos).
- DS N° 013-2005-JUS, del 08 de octubre de 2005, se aprobó el plan de implementación y calendario oficial de la aplicación progresiva del NCPP; planificación que se ha visto actualizada por sendos DS N° 007-2006-JUS, 005-2007-JUS, 016-2009-JUS y 016-2010-JUS, publicados el 04 de marzo de 2006, el 05 de mayo de 2007, el 21 de noviembre de 2009 y el 30 de septiembre de 2010, respectivamente[280].
- Ley N° 28460, del 11 de enero de 2005 (ratificada por Ley N° 28671, del 31 de enero de 2006), se modificó el inc. 4 de la Primera Disposición Final del NCPP, señalándose que, a partir del 01 de febrero de 2006, entrarían en vigencia los arts. 468 a 471, que regulan el proceso de "terminación anticipada", y el Libro Séptimo "La Cooperación Judicial Internacional".
- Ley N° 28482, del 03 de abril de 2005, vigencia de los arts. 39 a 41, que regulan el procedimiento de "transferencia de competencias".
- Ley N° 28679, del 22 de marzo de 2006, vigencia de los arts. 173, inc. 2, relativo a las entidades encomendadas a realizar la "labor pericial" y el 321, inc. 2, referido a los órganos encargados de prestar "asistencia a la Fiscalía".
- Ley N° 28950, del 16 de enero de 2007, vigencia del art. 341, relativo a la actividad de investigación del "agente encubierto".
- Ley N° 29372, del 09 de junio de 2009, vigencia de los arts. 259 y 260, relativos a la "detención policial" y al "arresto ciudadano" en todos los distritos judiciales del país.
- Ley N° 29439, del 19 de noviembre de 2009, vigencia de los arts. 210, inc. 4, sobre el "registro de personas" y 213, relativo "al examen corporal para la prueba de alcoholemia".
- Ley N° 29569, del 25 de agosto de 2010, modifica el art. 259, vigente en todo el pais, sobre la detención policial y la flagrancia delictiva.

280 La Primera Disposición Final, numeral 2, del NCPP, modificada por el art. 1 de la Ley N° 28671 (del 31 de enero de 2006) estableció que: "El día 1 de julio de 2006 se pondrá en vigencia este Código en el Distrito Judicial designado por la Comisión Especial de implementación, creada por DLeg N° 958. El Distrito Judicial de Lima será el distrito judicial que culmine la aplicación progresiva de este Código".

- Ley N° 29574, del 17 de septiembre de 2010, dispone la aplicación del NCPP a los delitos cometidos por funcionarios públicos, y partícipes, en el distrito judicial de Lima. Los delitos objetos de procesamiento serán los tipificados en las Secciones II, III y IV (arts. 382 al 401), del Capítulo II, del Título XVIII del Código, y conexos a éstos.
- DS N° 016-2010-JUS, del 30 de septiembre de 2010, dispone la modificación del Calendario Oficial de aplicación progresiva del NCPP, fijándose la culminación del proceso de implementación el 01 de octubre de 2013, mediante la puesta en vigencia del NCPP en el distrito judicial de Lima.
- Ley N° 29648, del 01 de enero de 2011, establece que la aplicación del NCPP a los delitos cometidos por funcionarios públicos –conforme regula la Ley N° 29574– se iniciará el año 2011 en los distritos judiciales: de Lima (15 de enero de 2011), Lima-Norte, Lima-Sur y Callao (01 de abril de 2011), y en los aún no ha entrado en vigencia el NCPP (01 de junio de 2011).

10. Sentencias y acuerdos plenarios vinculantes

350 Mediante el DLeg N° 959, del 17 de agosto de 2004, se introdujo en el CdePP el art. 301-A, en el que se dispone la conformación de Plenos Jurisdiccionales de las Salas Supremas en lo Penal para que, conforme el art. 22 y 116 del TUO de la LOPJ, se dicten sentencias y adopten acuerdos plenarios.

351 El I Pleno Jurisdiccional tuvo lugar el 30 de septiembre de 2005. Se adoptaron los siguientes acuerdos:

- AP N° 01-2005/ESV-22, referido a los temas siguientes: a) la capacidad del tribunal de modificar la calificación jurídica del hecho objeto de acusación a condición de concederle al imputado la posibilidad de defenderse, conciliándose el principio acusatorio y el derecho a conocer la imputación; b) el alcance del verbo típico "aceptar" en el delito de cohecho pasivo; c) la imposibilidad de valorar la confesión sincera al momento de fijarse la cuantía de la reparación civil, al fundamentarse ésta en la producción de un daño indemnizable; d) la víctima del delito - declarada en sentencia condenatoria firme-, no requiere haber sido previamente constituida en parte civil en el proceso penal para intervenir en la fase de ejecución de sentencia.
- AP N° 02-2005/CJ-116, relativo a los criterios probatorios para la valoración de la sindicación de los coimputados y agraviados;
- AP N° 03-2005/CJ-116, se trató sobre la agravante específica de la pluralidad de agentes en el delito de tráfico ilícito de drogas.

- AP N° 04-2005/CJ-116, sobre los elementos típicos del delito de peculado doloso y culposo.
- SP N° 01-2005/DJ-301-A, se acordó que el criterio que permite determinar el momento consumativo del delito de hurto es el de la disponibilidad potencial sobre la cosa sustraída.
- SP N° 02-2005/DJ-301-A, se fijaron criterios interpretativos sobre el art. 6, respecto a la sustitución de penas en fase de ejecución de sentencia en caso de una nueva ley penal más favorable al condenado.

En el II Pleno Jurisdiccional del 13 de octubre de 2006, se aprobaron los siguientes acuerdos: 352

- AP N° 01-2006/ESV-22 referente a diversas materias: a) los alcances típicos del delito de colaboración terrorista, previsto en el art. 4 del DL N° 25475; b) los presupuestos y requisitos de la prueba indiciaria de cara a enervar la presunción constitucional de inocencia; c) la garantía del juez predeterminado por ley y la fijación de que la competencia territorial se determina en función del principio de ubicuidad.
- AP N° 02-2006/CJ-116, se resolvió que, en los casos de conflicto de leyes penales en el tiempo, se pueden combinar las leyes, tomando de cada una de ellas los aspectos más favorables. Este razonamiento es cuestionable desde la perspectiva constitucional[281].
- AP N° 03-2006/CJ-116, se trató del ejercicio del derecho a las libertades de expresión e información y su conflicto con el derecho al honor.
- AP N° 04-2006/CJ-116, se analizó el principio de cosa juzgada en relación con el delito de asociación ilícita para delinquir.
- AP N° 05-2006/CJ-116, se fijaron presupuestos y requisitos en la declaratoria de contumacia en la etapa del juicio oral.
- AP N° 06-2006/CJ-116, se establecieron reglas interpretativas para determinar la responsabilidad civil en los delito de peligro.
- AP N° 07-2006/CJ-116, se planteó la cuestión de la identificación del imputado en relación con el inicio de la instrucción y de la imposición de una requisitoria con el objeto de evitar casos de homonimia.

En el III Pleno Jurisdiccional del 16 de noviembre de 2007, se emitieron los siguientes acuerdos: 353

281 Ver *infra* N° 786 ss., conforme habremos de desarrollar en el capítulo correspondiente a la aplicación de la ley penal en el tiempo.

- AP N° 01-2007/ESV-22, relativo a: a) el contenido del *ne bis in idem* y las relaciones entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, enfatizándose la independencia de la administración para procesar y sancionar administrativamente a un funcionario o servidor público que haya incurrido en falta disciplinaria, toda vez que ello tiene fundamento distinto y finalidad diferente a la intervención penal: b) el alcance de tipo penal de omisión o retardo de actos funcionales, respecto de las obligaciones de la PNP y sus relaciones con el Ministerio Público; c) y d) la imposibilidad que la jurisprudencia vinculante y los acuerdos plenarios sean aplicados retroactivamente por imperativo del principio de legalidad.
- AP N° 02-2007/CJ-116, referente al valor probatorio de la pericia no ratificada, acordándose que la ausencia de examen o ratificación pericial no anula necesariamente lo actuado ni excluye al dictamen o informe pericial de la masa probatoria por valorar.
- AP N° 03-2007/CJ-116, relacionado con la presunta pérdida de la imparcialidad judicial de los magistrados que, conociendo la causa de un imputado, son recusados al encontrarse demandados por éste mediante habeas corpus, amparo o sujetos de queja disciplinaria; se acordó también que la sola presentación de la recusación no justifica su estimación por el juez recusado.
- AP N° 04-2007/CJ-116, referente a la aplicación del art. 285-A del CdePP y a la desvinculación procesal que puede practicar el tribunal de oficio, respecto de los hechos postulados en la acusación escrita -sea porque existiese un error de subsunción normativa según la acusación o porque concurra en el hecho acusado una circunstancia que modifica la responsabilidad no comprendida en la acusación-, debiéndose conceder a las partes la posibilidad de pronunciarse al respecto y ofrecer nuevas pruebas, en razón del principio de contradicción.
- AP N° 05-2007/CJ-116, se acordó que frente a la impugnación interpuesta por el sentenciado, el Tribunal tiene la facultad de variar el grado de consumación del delito (de tentativa a delito consumado), el grado de participación (de cómplice secundario a primario o de instigador a autor), la pena (de principal a accesoria o viceversa); así como que subsanar el error contenido en la decisión impugnada no debe perjudicar la situación jurídica del condenado recurrente ni extender las consecuencias jurídicas que le han sido impuestas, por respeto del principio de la *reformatio in peius*.

- AP N° 06-2007/CJ-116, respecto a la posibilidad que la Corte Suprema conozca de un recurso de nulidad en el procedimiento sumario vía recurso de queja excepcional, se estableció la suspensión del cómputo de la prescripción en el periodo comprendido entre la interposición del recurso de queja y la remisión a la Sala Superior de la ejecutoria suprema estimatoria de dicho recurso - por el cual se concede el recurso de nulidad.
- AP N° 07-2007/CJ-116, se dispuso una peculiar interpretación del art. 173, inc. 3 -modificado por Ley N° 28704, sobre delitos sexuales- respecto a la determinación judicial de la pena. Este acuerdo fue dejado sin efecto por el AP N° 04-2008/CJ-116 del 18 de julio de 2008.
- AP N° 08-2007/CJ-116, se fijaron diferencias entre las agravantes del delito de robo, referidas a la pluralidad de agentes y a la actuación delictiva como integrante de una organización criminal.
- AP N° 09-2007/CJ-116, se decidió acerca del plazo de prescripción de la acción penal para los delitos sancionados con pena privativa de libertad temporal y de cadena perpetua, según el pf. 4 del art. 80, en el sentido de que dicho cómputo -según el citado dispositivo- sólo opera en relación con el plazo ordinario de prescripción de la acción penal, por tanto, no excluye su cómputo extraordinario; en consecuencia, respecto de los primeros, el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal será de treinta años, y en el caso de la cadena perpetua será de cuarenta y cinco años.

El IV Pleno Jurisdiccional del 18 de julio de 2008, adoptó los siguientes acuerdos: 354

- AP N° 01-2008/CJ-116, sobre las discutibles figuras de la reincidencia y habitualidad, incorporadas al Código mediante Ley N° 28726, del 05 de mayo de 2006, y su relevancia para la determinación de la pena.
- AP N° 02-2008/CJ-116, referente a la pena de rehabilitación y las reglas para su ejecución.
- AP N° 03-2008/CJ-116, en el que se indica que el "correo de drogas" es un caso del tipo básico del tráfico ilícito de drogas (art. 296) y no una agravante de la pluralidad de agentes contenido en el inc. 6 de dicho artículo, lo cual no excluye la aplicación de otra agravante de ser el caso.
- AP N° 04-2008/CJ-116, en el que se analizan con detenimiento el instituto procesal de la conformidad o conclusión anticipada del juzga-

miento, la oportunidad procesal para acogerse a dicho instituto y el beneficio de reducción de pena para el sentenciado conformado, la posibilidad de juzgamiento para los acusados no conformados, la conformidad sobre el objeto civil del proceso y las facultades del tribunal para el dictado de la sentencia conformada.

355 En el V Pleno Jurisdiccional, realizado el 13 de noviembre de 2009, se emitieron los siguientes acuerdos:

- AP N° 01-2009/CJ-116, sobre la responsabilidad penal de las rondas campesinas.
- AP N° 02-2009/CJ-116, concerniendo los efectos de la regularización tributaria por parte del deudor tributario, según prevé el art. 189 del Código Tributario, modificado por Ley N° 27038 -en concordancia con los arts. 7 y 8 de la Ley Penal Tributaria y su modificación por el NCPP - y los requisitos para su procedencia como causal de exclusión de la punibilidad (regulación voluntaria, pago total de la deuda tributaria o devolución íntegra del beneficio tributario ilícitamente obtenido).
- AP N° 03-2009/CJ-116, relativo a la manera de distinguir el delito de robo agravado del delito de asesinato y a las lesiones como agravante en el delito de robo.
- AP N° 04-2009/CJ-116, sobre la determinación de la pena en casos de concurso real.
- AP N° 05-2009/CJ-116, relacionado con el tratamiento del proceso especial de terminación anticipada en el NCPP, los beneficios procesales de su acogimiento por el imputado y los recursos legales previstos frente a su aceptación y resolución.
- AP N° 06-2009/CJ-116, dedicado al control de la acusación fiscal, en el marco del sistema previsto en el CdePP y el NCPP, y la exigencia que exprese como objeto del proceso hechos claros, precisos y circunstanciados.
- AP N° 07-2009/CJ-116, trata de la posición de la persona jurídica, su papel en el proceso penal y las consecuencias accesorias que se le pueden aplicar (art. 105).
- El AP N° 08-2009/CJ-116, relativo a la prescripción de la acción penal en los casos de concurrencia tanto de la agravante genérica por la condición del sujeto activo, funcionario público (art. 46-A -incorporado

por Ley N° 26758, modificado por el DLeg N° 982), como en casos de existencia de delito continuado y/o delito masa.

- AP N° 09-2009/CJ-116, referente al delito de desaparición forzada, sus características, y su naturaleza de delito permanente.
- AP N° 10-2009/CJ-116, sobre la ejecución de la pena de inhabilitación fijada mediante sentencia condenatoria y los efectos de su impugnación. En el que se indica que, en caso de las actuaciones judiciales según el NCPP, la pena de inhabilitación no se ejecuta sino hasta que la sentencia condenatoria sea definitiva; mientras que, por el contrario, si se procede de acuerdo con el CdePP, se admite su ejecución inmediata o provisional, conforme al art. 330 de este código.

Por último, en el VI Pleno Jurisdiccional, realizado el 16 de noviembre de 2010, se emitieron los siguientes acuerdos: 356

- AP N° 01-2010/CJ-116, sobre la problemática de la institución de la prescripción.
- AP N° 02-2010/CJ-116, referente a la concurrencia de circunstancias agravantes específicas de distinto grado y su problemática en la determinación judicial de la pena.
- AP N° 03-2010/CJ-116, sobre los problemas actuales del delito de lavado de activos.
- AP N° 04-2010/CJ-116, respecto a la audiencia de tutela, prevista en el NCPP.
- El AP N° 05-2010/CJ-116, sobre la medida restrictiva de derechos para la obtención de fuentes de prueba y medida cautelar de la incautación procesal.
- AP N° 06-2010/CJ-116, sobre la acusación directa y el proceso inmediato en el NCPP.

Segunda parte
Ley penal

§ 4 Principio de legalidad

I. Introducción. II. Orígenes. III. Evolución legislativa. 1. Nivel constitucional e internacional. 2. Nivel de leyes. IV. Fundamentos del principio de legalidad. V. No hay delito, no hay pena sin ley escrita. 1. La ley como fuente del derecho penal. a. Noción de ley. a.1. Decretos legislativos. a.2. Gobiernos autocráticos y los decreto leyes. a.3. Decretos supremos y reglamentos. b. Noción de delito. VI. No hay delito, no hay pena sin ley cierta. 1. Certeza en la elaboración del tipo legal. 2. Incertidumbres en que incurre el legislador. a. No descripción del delito. b. Empleo de cláusulas generales. c. Uso de términos vagos. d. Defectos de técnica legislativa. 3. Certeza en la determinación de la sanción penal. a. Penas. b. Medidas de seguridad. VII. El principio de legalidad en la jurisprudencia.

I. Introducción

El ordenamiento jurídico en general está basado en el criterio de legalidad. 357
El sometimiento de los órganos estatales a las leyes garantiza el respeto de las libertades individuales y el normal desarrollo de la vida de la comunidad[1]. Sin base legal sus actos son inválidos, en particular, tratándose de la limitación de los derechos fundamentales. En este sentido, la legalidad es un factor esencial del Estado de derecho.

La legalidad se deduce de los principios de la separación de poderes, de 358
la seguridad jurídica, de la igualdad y de la democracia. Las personas deben ser tratadas de manera igual y sus libertades individuales garantizadas. Mediante el control popular debe controlarse la manera como se ejerce el poder estatal. Una base legal bastante precisa debe existir para que las personas puedan ordenar sus conductas y prever las consecuencias que su realización puede acarrear. Es decir, en relación con los derechos de las personas, en las leyes debe disponerse lo que está permitido que las autoridades hagan (base legal de toda intervención estatal) y, respecto a los individuos debe reconocerse su autonomía de actuar en libertad y su obligación de respetarlas.

En gran medida, el principio de la legalidad del derecho penal, constituye 359
un caso particular del principio general de legalidad, junto, por ejemplo, al principio *nullum vectigal sine lege* propio del derecho fiscal. El ejercicio del poder punitivo implica restricciones de los derechos fundamentales, en especial el de la libertad, por lo que debe sustentarse en disposiciones legales preexistentes a la realización del comportamiento que da lugar a la intervención penal. Además, supone que, al otorgarles un sentido y establecer los alcances de su aplicación, deben respetarse los principios y directivas

[1] Pradel, 2003, N° 135; Roxin, 2006a, § 5 N° 1.

tanto de la Constitución como de los Convenios internacionales de derechos humanos[2].

360 El principio de legalidad establece los límites del ámbito punitivo. De modo que mientras dicte una ley penal reprimiendo una acción determinada, ésta no debe ser calificada de delito ni su autor sancionado como delincuente. Poco importa que la acción sea valorada como inmoral, ilícita o socialmente muy perjudicial. Esta constatación sólo puede ser la ocasión para promover su transformación en delito mediante una ley. Por esto, resulta contraproducente manifestar, como se hace con frecuencia, que toda grave violación, por ejemplo, de los derechos humanos es un delito. Una violación de esta índole sólo será un delito a partir de la dación de una ley que lo reprima. En este sentido, es incorrecto afirmar, como lo hace el Tribunal Constitucional respecto a la realización de actos consistentes en la desaparición forzada de personas, que a pesar de que no estaba vigente la Convención Americana contra la Desaparición Forzada de Personas, ni tampoco el delito de desaparición forzada se encontraba tipificado en nuestro Código, tal situación no justifica de ninguna manera la comisión del delito, ni nos impide considerarlo como un grave atentado contra los derechos humanos". Lo que debió decir es que "no justifica de ninguna manera la comisión de tan grave e inhumano comportamiento practicado o fomentado por órganos estatales". Puesto que este comportamiento sólo es delito a partir de que es previsto como tal en una ley penal. La afirmación del Tribunal Constitucional es más bien un argumento para que se dicté esta ley. Por lo mismo, este Tribunal no puede alegar que se trata de un delito, como lo deja suponer, al decir seguidamente "que los derechos contra los que atenta este ilícito se encuentran protegidos por las Constituciones de 1979 y 1993, así como por instrumentos internacionales suscritos y ratificados por el Perú, como son la CADH y el PIDCP"[3].

361 En error similar vuelve a incurrir el Tribunal Constitucional[4] cuando afirma que "los medios de comunicación social se encuentran prohibidos de divulgar o difundir interceptaciones y grabaciones de conversaciones telefónicas, salvo que exista la autorización de los interlocutores grabados para que sea conocida por terceros o un mandamiento judicial motivado que permita su difusión por ser de interés público, bajo responsabilidad de ser denunciados penalmente". Esos comportamientos no están previstos como

---

2 Polaino, 2008, p. 168.

3 STC del 18 de marzo de 2004, Exp. N° 2488-2002-HC/TC-Piura, F.J. 4.

4 STC del 27 de octubre 2010, Exp. N° 00655-2010-PHC/TC-Lima, F.J. 23.

delitos ni en el Código ni en una ley especial, por lo que no pueden dar lugar, como tales, a denuncia y sanción penal. Por analogía, tampoco puede considerarse que caen bajo alguna de las disposiciones que reprimen la violación del secreto de las comunicaciones, en especial el art. 162 que castiga la interferencia telefónica. De esta manera, se crea confusión –contrariando el principio de la legalidad– en la previsión legal de los comportamientos penalmente significativos y, además. se exceden las facultades atribuidas al Tribunal Constitucional, quien no puede crear nuevos delitos. Esta manera de proceder, implica también un desconocimiento del derecho penal, pues mediante la divulgación o difusión de interceptaciones y grabaciones de conversaciones telefónicas pueden cometerse otros delitos, por ejemplo, los delitos contra el honor. Esta ignorancia repercute en las directivas y prescripciones que se establecen en dicha sentencia y que tanto restringen la libertad de expresión y de información, como desvirtúan el papel que juega la veracidad o no de las informaciones contenidas en las comunicaciones. Las deficiencias de la sentencia, la peculiar manera como fue difundida su texto así como los votos discrepantes de los magistrados y sus conclusiones incorrectas sobre los medios de comunicación han llevado a que el Tribunal Constitucional proceda a modificarla y aclarar sus alcances (resolución del 10 de diciembre de 2010; enmendada de la STC Exp. N° 00655-2010-PHC/TC)[5]. Esto demuestra, por lo menos, la poca competencia con la que se tratan asuntos tan importantes.

II. Orígenes

El principio de legalidad, tal como fue establecido en las Declaraciones y Convenios sobre derechos humanos y en los primeros códigos penales, es una conquista de orden político, fruto del proceso que culmina con la conformación de los Estados modernos[6]. Su formulación en latín (*nullum crimen, nulla poena sine lege*)[7] no data de muy antiguo y, en todo caso, su origen no está en el derecho romano. 362

[5] http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00655-2010-HC%20Aclaracion.html.http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00655-2010-HC.html.

[6] Marinucci/Dolcini, 2006, p. 29 ss.

[7] Feuerbach, 1847, p. 51, ss., propuso la expresión latina. Cfr: Cornejo, 1926, p. 5; Hall, 1949, p. 810. En contra: Jiménez de Asúa, 1964, T. II, p. 383; Bacigalupo, arts. 1-4, en Conde-Pumpido/López Barja de Quiroga, 2007, p. 5 ss.; Cobo/Vives, en Cobo del Rosal y otros, 1999, p. 25 ss.

363 El sistema judicial penal de las Monarquías absolutas europeas, periodo llamado *Ancien Régime*, se caracterizó por una marcada irregularidad en el sistema jurisdiccional; por el desorden y multiplicidad de leyes; por los innumerables privilegios para castigar de que gozaban los señores feudales y, en particular, por el derecho del Rey o sus representantes para castigar sin observar procedimiento regular alguno. Las "*maisons de force*", los "*hôpitaux généraux*", los "*ordres du roi*" o las "*lettres de cachet*" constituían toda una práctica represiva, y superpuesta a la "justicia regular" (ordinaria) y con frecuencia opuesta a ella. El Soberano, directa o indirectamente, decidía y ordenaba ejecutar los castigos. Esto explica el porqué en el sistema, entonces vigente, se consideraba que "en toda infracción hay un '*crimen majestatis*' y en el más insignificante delincuente un pequeño regicida en potencia"[8] De allí que el derecho a castigar fuera considerado como un aspecto del derecho que el Soberano tenía para guerrear contra sus enemigos; un poder absoluto de vida o muerte. Además, hay que considerar que la legislación penal se había constituido bajo la influencia de una concepción que identificaba crimen con pecado, que no distinguía muy bien las leyes penales de las reglas morales. Criterio que no hizo sino reforzar la idea de que los crímenes de lesa majestad divina eran los más graves[9].

364 Sin embargo, no sólo hay que ver, en esta forma de ejercicio del poder punitivo, una simple arbitrariedad del Rey para eliminar de manera eficaz "*nobles infidèles ou grands vassaux désobligéants*". Si el sistema de las "*lettres de cachet*" fue aplicado de manera amplia y, al menos durante un tiempo, tuvo aceptación general fue debido a la demanda de las personas privadas interesadas en eliminar (temporal o para siempre) a uno de los suyos. Foucault y Farge han mostrado que así el poder absoluto del soberano fue puesto al servicio del público. Según estos autores, tales mandatos de detención no sólo colmaban los vacíos dejados por el sistema jurídico ordinario, sino que duplicaban el proceso y eran introducidos en éste para modificarlo y desnaturalizarlo[10].

365 Contra ese sistema represivo irregular y arbitrario, a mediados del siglo XVIII, surge un fuerte movimiento social, inspirado o fomentado por filó-

8 Foucault, 1975, p. 57.

9 Beccaria, 1979, p. 114 ss. En la perspectiva alemana, Cfr. Krey.

10 Farge/Foucault, 1982, p. 10, 14, 345 ss.

sofos, políticos, juristas, magistrados. Sus objetivos eran controlar de modo más estricto y constante la conducta ilegal de las personas y de limitar el poder punitivo del Estado[11]. Con esta finalidad, se consideró indispensable, entre otras medidas, dar a las disposiciones legales cierto grado de precisión. En éstas, se debía, mediante la descripción de los delitos y la fijación de las penas, manifestar de modo claro la idea de que cada crimen, así como las ventajas que se esperaban obtener mediante su comisión, se hallaban vinculados al castigo y a los inconvenientes que éste acarreaba[12]. Se trató, pues, de una actitud política conducente a poner en marcha una nueva manera de ejercer el poder de castigar.

La teoría del contrato social constituyó el fundamento ideológico de esta 366
nueva actitud. De acuerdo con esta concepción, "la necesidad obligó a los hombres a ceder una parte de su propia libertad al poder público; parte que, evidentemente, constituía sólo una pequeña porción, suficiente para obligar a los otros a defenderla. El conjunto de esas porciones (las más pequeñas posibles) forma el derecho de castigar, todo lo demás es abuso y no justicia; hecho y no derecho"[13]. Esta idea implica que el ciudadano acepta todas las leyes de la sociedad, aun aquellas de acuerdo con las cuales se le puede sancionar. Quien viola el pacto se convierte en enemigo de la sociedad y participa, al mismo tiempo en el castigo que se le impone. El más pequeño delito la ataca en su totalidad y, toda la sociedad, comprendido el infractor, está presente en la más pequeña sanción. El castigo penal es, así, concebido como una función general del cuerpo social y de cada uno de sus elementos[14]. Las principales consecuencias respecto a la justicia penal son, por un lado, que sólo en las leyes penales se pueden establecer las conductas prohibidas y fijar las penas que les corresponden y, por otro, que el único titular de este poder es el legislador que representa a toda la sociedad constituida conforme al contrato social[15].

---

11 Cfr. Montesquieu, Livre XI, Chapitre VI: "No existe libertad si el poder de juzgar no está separado del poder de legislar"

12 Foucault, 1975, p. 98.

13 Beccaria, 1979, p. 67.

14 Foucault, 1975, p. 92.

15 Beccaria, 1979, p. 67.

III. Evolución legislativa

1. Nivel constitucional e internacional

367 A partir de las ideas sucintamente presentadas en el acápite anterior, se desarrolló el positivismo legislativo que impulsó el proceso de codificación europeo[16]. Las leyes debían ser sistematizadas de manera bastante clara y precisa como para que cada persona pudiera saber y prever las consecuencias de sus comportamientos. De modo que los jueces debían limitarse a aplicar la ley.

368 Por su importancia ideológica, el principio de legalidad fue proclamado como garantía fundamental de la libertad civil de las personas. Si bien es cierto que la Carta Magna de Juan sin Tierra (Inglaterra, 1215) contenía ya una disposición relativa al mismo (en su sentido procesal), la consagración legislativa de éste se realizó en la Constitución Americana de 1776 (Virginia, Maryland) y en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. En el art. 8 de ésta última, se dice: "La ley sólo puede establecer las penas estrictamente necesarias; nadie puede ser penado sino en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada".

369 En el siglo pasado, después de las dos guerras mundiales, se establecieron declaraciones semejantes a nivel internacional, por ejemplo, la DUDH (arts. 5 y 11, inc. 2), la CEDH (art. 7), la CADH (art. 9) y la CADHP (art. 7, inc. 2).

370 Esta recepción del principio de legalidad se da, así mismo, a nivel constitucional, pero no siempre de manera expresa. Así, en el Perú, se proclamó, en el Estatuto provisional de San Martín y en las sucesivas Constituciones, la inviolabilidad de la "libertad civil". En la Constitución de 1828, se estipuló, por primera vez y de manera expresa, que: "ningún peruano está obligado a hacer lo que no manda la ley, o impedido de hacer lo que ella no prohíbe" (art. 150); y que "todos los peruanos son iguales ante la ley, ya premie, ya castigue"[17]. Disposiciones casi idénticas contuvo la Constitución de 1919 (arts. 19, 20, 21, 27 y 30).

---

16 Tiedemann, 2009, p. 26 ss.

17 En la Constitución de 1860, se modifica esta fórmula que hace referencia sólo a los peruanos, con la expresión "nadie...", arts. 14 y 20.

En la Constitución de 1933, art. 57, se previó que debían de considerarse como delictuosos sólo los actos que hubieran sido calificados, previamente a su comisión, como tales en la ley. Pero, no preveía una disposición que obligara al juez a imponer sólo las penas previstas en la ley y que le prohibiera cambiar, arbitrariamente, la pena que ésta misma señalara para el comportamiento delictuoso particular. En su art. 68, se dispuso que sólo por sentencia ejecutoriada podía separarse a alguien "de la República" o del "lugar de su residencia". 371

Por el contrario, en la Constitución de 1979, se reguló, de manera más completa, el principio de legalidad. En el art. 2, inc. 20, lit. d, se estatuyó que "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado por pena no prevista en la ley". Además, en el lit. f, se estipuló que "toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad". Es decir, *contrario sensu*, que toda condena debía ser establecida en un proceso judicial. Se trata en realidad de una garantía de carácter procesal[18]. Así mismo, se estatuyó, como garantía de la administración de justicia, que nadie podía ser penado "sin previo juicio" (art. 233, inc. 9 *ab initio*). 372

En la Constitución de 1993, art. 2, inc. 24, lit. d, se establece que: "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley"[19]. En el lit. e del mismo artículo, se estatuye que "Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad". Así mismo, se prevé, entre las garantías judiciales, la "inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos" y la no imposición de pena "sin proceso judicial" (art., 139, incs. 9 y 10, respectivamente). Con la admisión del derecho consuetudinario de las comunidades campesinas y nativas (art. 149 Const.), se flexibiliza el principio de legalidad respecto a estas comunidades, a las que se les reconoce la jurisdicción respecto a la aplicación de ese derecho mediante sus autoridades y "dentro de su ámbito territorial" 373

[18] *La Magna Charta Libertatum* inglesa de 1215, concedida a los nobles por Juan sin Tierra y considerada como fuente primera del principio de legalidad, estatuía en su art. 39, en realidad, la garantía "*nisi perlegale judicium parium suorum vel per legam tarrae*". Cfr. Schottlaender, 1911, p. 27 ss.

[19] García Cavero, 2008. p. 95 ss.

2. Nivel de leyes

374 En el Proyecto de Código Penal de Manuel Lorenzo de Vidaurre no figura, de manera expresa, el principio de legalidad; sin embargo sus disposiciones lo presuponen. Como ejemplo basta citar la disposición 34 que estatuye: "Toda acusación deberá contener la ley que se ha quebrantado". Por el contrario, fue previsto, siguiendo al CP español de 1848-50, en el CP de 1863. En su art. 1, se preveía: "Las acciones u omisiones voluntarias y maliciosas penadas por la ley, constituyen los delitos y las faltas". De manera más amplia, en los tres primeros artículos del CP de 1924, el legislador plasmó el principio de legalidad. Destacó, de forma expresa, los diversos aspectos que había adquirido dicho principio en su evolución histórica. Así, dispuso, primero, que el juez debía imponer sólo las penas previstas en la ley y le prohibía cambiar, de modo arbitrario, la pena que ésta señalara para el comportamiento delictuoso particular (art. 2); segundo, que la privación o restricción de derechos a título de pena, sólo podrían ser impuestas en virtud de una sentencia judicial (art. 1); y, tercero, que había de considerarse como delictuosos sólo los comportamientos que hayan sido calificados, previamente a su comisión, como tales en la ley (art. 3). En la exposición de motivos del Código, se fundamentó su regulación diciendo que "el principio de libertad civil debe dominar toda la legislación. En materia penal, este principio es la garantía de la seguridad de las personas, proclamada como una de las conquistas más fecundas de la Revolución Francesa. Los actos de los hombres no pueden ser considerados ilícitos ni determinar acciones represivas sino en los casos previa y taxativamente establecidos en la ley"[20].

375 En el proceso de reforma del CP de 1924, se propuso, de diversas maneras, regular el principio de legalidad. Así, en el Proyecto de septiembre de 1984, art. 1, primera parte, se establecía: "Nadie será procesado o condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no estuvieren previamente calificados en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracciones punibles". De esta manera, se seguía lo dispuesto en el art. 3 del Código derogado, agregándose la referencia al aspecto procesal. En el Proyecto de octubre de 1984, art. III, además de omitirse este agregado, se varió la terminología. Se utilizaron las expresiones "hecho tipificado", de "manera previa y expresa" y "delito o falta" en lugar de "acto u omisión", de "manera expresa e inequívoca" e "infracciones punibles", respectivamente. La expresión "de ma-

[20] CP de 1924, p. 18.

nera expresa e inequívoca" fue también empleada en el art. II del Proyecto de 1985; pero en el marco de un texto diferente. Según esta disposición: "La ley penal debe describir el hecho punible de manera expresa e inequívoca, sin dejar duda sobre los elementos constitutivos que lo integran". El aspecto procesal estaba previsto en el art. I. Los arts. I y II del Proyecto de 1986 eran idénticos a los mismos artículos del Proyecto de 1985. En el art. 2 del Proyecto de 1990, se vuelve al texto de octubre de 1984; pero se hacía referencia a la "ley vigente al momento de su comisión [del acto]". En el art. II del Proyecto de 1991, sin embargo, se omitió la expresión "manera expresa e inequívoca". Esta es la versión definitiva de la primera parte del art. II[21].

La segunda parte de este artículo ha seguido la misma evolución: De ma- 376
nera amplia, el Proyecto de septiembre de 1984, art. 2, disponía: "Nadie será condenado a sufrir pena o sentencia o medida de seguridad distintas a las sancionadas en la ley, ni a cumplir pena diferente a la prevista para la infracción juzgada". En el Proyecto de octubre de 1984, art. III, segunda parte, sólo se mantuvo la fórmula: "ni sufrir pena o medida distintas de las que ella [la ley] establece para la infracción juzgada". Pero, en el Proyecto de 1985, art. I, se prefirió volver a la fórmula utilizada, *ab initio*, en el art. 2 del Proyecto de septiembre de 1984: "ni condenado a pena o medida de seguridad no establecida en ella [la ley]". El art. I del Proyecto de 1986 fue idéntico al del art. I del Proyecto de 1985. El texto del Proyecto de octubre de 1984 fue retomado en el Proyecto de 1990, art. 1. La redacción fue modificada reemplazándose el término "sufrir" por la expresión "ni sometido..." y la última frase se refiere "a penas o medidas de seguridad que no se encuentren establecidas en ella". Este mismo texto, en singular ("pena o medida de seguridad"), figuró en el Proyecto de enero de 1991, art. II, y es el texto definitivo establecido en el Código.

En los trabajos de reforma del Código vigente, la orientación no cambia. 377
Así, en el art. II del Anteproyecto de CP de 2009, se estatuye que "Nadie será sancionado por acto u omisión que no esté previsto de modo expreso e inequívoco como delito o falta por la ley vigente al momento de su realización, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentre establecida en ella". Se prohíbe la analogía, en el art. III, "para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde" y se la admite "a favor del reo". Así mismo, se prevé la legalidad en la ejecución de las sanciones; de-

21 Prado, 1993, p. 27 ss.

cretándose (art. VI) que no puede ejecutarse "pena o medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la ley y reglamento que la desarrollen" y quela ejecución de las mismas será controlada e intervenida judicialmente.

378 También hay que tener en cuenta que el Código Procesal Constitucional de 2004. en su art. 25, establece que se vulnera o amenaza la libertad individual cuando se violenta el derecho a no ser exiliado o desterrado o confinado sin sentencia firme (inc. 3) o el derecho a no ser expatriado ni separado del lugar de residencia sino por mandato judicial o por aplicación de la Ley de Extranjería (inc. 4). Así mismo, se dispone en el CdePP, que el juez instructor "[s]ólo abrirá la instrucción si considera que el hecho denunciado constituye delito". (art. 77 del CdePP). En el mismo sentido en el NCPP, art. 336, se estatuye que si "de la denuncia, del informe policial o de las diligencias preliminares, que realizó [el Fiscal] aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito... [éste] dispondrá la formalización y la continuación de la investigación preparatoria". Así mismo que la jurisdicción ordinaria no es competente para conocer (art. 18, inc. 3) de "los hechos punibles en los casos previstos en el art. 149 Const." (jurisdicción de las comunidades campesinas y nativas). También hay que considerar que en las leyes procesales se prevé que la acusación formulada debe determinar una relación precisa y circunstanciada de los hechos imputados y la fijación de la ley penal que tipifique el hecho, que en la sentencia condenatoria deben indicarse las leyes que tipifican el delito y prevén la pena que se aplica, que debe cumplirse el principio de doble incriminación en materia de extradición (NCPP: arts. 6, inc. 1, lit. b; 65, inc. 1; 321, inc. 1; 329, inc. 1; 334, inc. 1; 336; 349; 387, inc. 1; 394, inc. 4; 399; 525, inc. 2; y, CdePP: arts. 72, inc. 1; 285, inc. 1).

IV. Fundamentos del principio de legalidad

379 Los autores han tratado de explicar y fundamentar el principio de legalidad desde diversos puntos de vista. Feuerbach propugnó la aceptación y consolidación de dicho principio en base, sobre todo, de dos fundamentos: el primero, de carácter político-criminal, era su concepción de la pena como medio de prevención general (teoría denominada de la coacción psicológica) y, el segundo, de naturaleza política[22], era su convicción de que la

[22] Cfr. Castillo Alva, 2000, p. 61 ss.; Urquizo Olaechea, 2000, p. 25 ss.

primacía de tal principio propiciaba una concepción liberal del derecho penal. De esta manera, Feuerbach dio un fundamento penal específico al citado principio[23].

Franz von Liszt calificó a la ley penal de "Carta Magna del delincuente", debido a que consideró que, como consecuencia del principio de legalidad, la ley no sólo es la fuente del derecho a castigar, sino, así mismo, su límite. No garantiza sólo la defensa de los ciudadanos ante los criminales, sino también la de éstos frente al poder del Estado[24]. Mientras que Beling, basándose en su teoría de la tipicidad, afirmó que "no hay delito sin tipo legal"[25] 380

El principio de legalidad, en la doctrina francesa, es analizado en el contexto de la explicación de las condiciones de punibilidad de la infracción. En esta perspectiva, constituye el centro del denominado elemento legal del delito y conforme al cual se procede a la calificación de los comportamientos penalmente relevantes[26]. 381

En el ámbito filosófico, Carlos Cossio, fundador de la concepción egológica del derecho, afirmó que el principio de legalidad aparece como una restricción de las sanciones, y que esto es debido a la imposibilidad de equiparar los bienes jurídicos con la pena[27]. 382

Merecen destacarse las explicaciones de von Wright[28] sobre el principio de legalidad en relación con el problema de la "naturaleza del premio". En su opinión, este principio establece, al afirmar "no hay pena sin ley", que cualquier acción que no esté prohibida dentro del ámbito de un determinado orden normativo (totalidad de prescripciones que emanan de una misma autoridad suprema) está permitida dentro de él. Por lo tanto, afirma que se trata de una norma permisiva con contenido peculiar, consistente en la "suma total" de todos los actos y abstenciones que no estén prohibidos. De esta manera, considera que se cierra el orden normativo y que esto es debido a que si no puede prohibirse (o mandarse), al mismo tiempo y sin 383

23 Cfr. CATTANEO, 1970; FEUERBACH, 1847, p. 51 ss.; RADBURCH, 1952, p. 8.

24 LISZT, 1929, T. II, p. 455.

25 BELING, 1944, p. 4 ss.; Cfr. CASTILLO GONZÁLEZ, 2009, I, p. 93 ss.

26 Cfr. ANCEL, 1931, p. 90.

27 COSSIO, 1939, p. 5 y 131.

28 WRIGHT, 1970, p. 101 y 103.

contradicción, hacer y omitir un mismo hecho, ambas opciones pueden perfectamente permitirse.

384 Alchouron y Bulygin esclarecen la concepción de von Wright y dicen que la regla de clausura podría enunciarse diciendo: "Todo lo que no está penalmente prohibido, está penalmente permitido"[29]. Sin embargo, esta idea de tipo de norma de clausura del sistema normativo ha sido criticada con firmeza, en el sentido de que se trata de "un invento conceptual de los juristas de absoluta inconsistencia teorética"[30]. El sentido de una norma permisiva, como lo es la indicada norma de clausura, sólo es bien comprendido si se tiene en cuenta que "lo prescrito no es el comportamiento que aparece como contenido de la norma permisiva, sino la no interferencia de la autoridad en tal comportamiento"[31]. Esto quiere decir que lo relevante no son los innumerables comportamientos que no estén penalmente prohibidos, sino sobre todo, por un lado, el hecho de que el Estado, no debe interferir en la actividad de una persona que actúa conforme al ordenamiento jurídico y, por otro, que sólo puede intervenir ejerciendo su poder punitivo cuando la persona realice un comportamiento reprimido por una ley.

385 Por esta razón, procede afirmar que una vez admitido el principio de legalidad, la alternativa entre el argumento autoritario de que "está prohibido lo que el legislador no ha declarado expresamente permitido", y el liberal de que "está permitido lo que el legislador no ha declarado expresamente prohibido", se resuelve en favor de este último[32].

386 Por fin, es interesante señalar la manera amplia en que Ferrajoli[33] percibe el principio de legalidad y que tiene repercusiones en sus fundamentos. Este autor distingue, por un lado, entre un sentido formal del mismo (*nulla poena, nullum crimen sine lege*) y que constituye una norma dirigida a los jueces en relación con las leyes vigentes a las que están sometidos y, por otro, un sentido estricto (*nulla lex poenalis, sine actione..., sine defensione*) y que, por el contrario, es una norma dirigida al legislador acerca de la elaboración válida de las leyes penales.

---

29 Alchouron/Bulygin, 1975, p. 198.

30 Capella, 1968, p. 71 ss.

31 Capella, 1968, p. 73.

32 Klug, 1968, p. 33.

33 Ferrajoli, 1996, p. 380.

V. No hay delito, no hay pena sin ley escrita

1. La ley como fuente del derecho penal

a. Noción de ley

En el art. II, se prevén los dos extremos del principio de legalidad: por un lado, declara que los delitos y las faltas deben estar previstos en la ley vigente en el momento de su comisión y, por otro, establece que sólo se impondrán las penas y medidas de seguridad establecidas en dicha ley[34]. Así, se estatuye, de manera taxativa, que la ley es la única base de la incriminación de comportamientos y de la imposición de sanciones penales. En esto radica una de las diferencias esenciales con el derecho civil. Según el art. VIII del CC, los jueces "no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley" y si este fuera el caso, se dispone, en la segunda parte de este mismo artículo, que ellos "deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano". En materia civil, los jueces pueden, en consecuencia, recurrir ampliamente a otras fuentes para resolver el caso *sub iudice*, mientras que en materia penal están más sometidos a la ley cuando se trata de determinar si el comportamiento a juzgar constituye un delito y cuál es la sanción que debería aplicarse al responsable. 387

Respecto al principio de legalidad, el sentido que se da al término "ley" no difiere en el fondo del que se le atribuía en sus orígenes. Conforme a la concepción de la separación de poderes, admitida por los filósofos del siglo XVIII, la competencia para incriminar penalmente comportamientos y establecer las penas aplicables a sus autores debía ser exclusiva del poder legislativo, sólo facultado para adoptar estas decisiones "respetando los intereses de la mayoría y de la minoría"[35]. Ello supone que el poder estatal emana del pueblo, y que la división de poderes es la base de su organización. De allí que se considere que el "fundamento democrático del principio de legalidad significa que sólo el Poder Legislativo es el capacitado para dictar leyes, por ser el representante de la voluntad popular. Esto tendría ventajas de carácter técnico y político"[36]. Así, la ley, pilar básico del Estado de derecho, tiene su fuerza y legitimidad de la soberanía del Estado. 388

---

34 STC del 03 de enero de 2003, Exp. N° 010-2002-AI/TC-Lima, F.J. 8.1.

35 Marinucci/Dolcini, 2001, p. 31, 38.

36 Bricola, 1965, p. 245; Jescheck/Weigend, 1996, § 15 I 1 ss.

Además, sigue siendo elaborada sobre la base de la idea de que la sociedad es homogénea, debido a que se sigue pensando que la convivencia presupone un solo sistema de valores. Idea que oculta el hecho de que se trata de un sistema impuesto por el sector social dominante en detrimento de los correspondientes a las comunidades de culturas diferentes.

389 Dicho criterio ha sido flexibilizado en la medida en que, en el art. 149 Const., se admite que un sector social, constituido por las comunidades campesinas y nativas, crea sus propias reglas (derecho consuetudinario) y las aplica por intermedio de sus autoridades en su "ámbito territorial"[37]. De modo que no sólo se admite la presencia de un derecho consuetudinario penal, sino que también restringe el poder del Estado, en razón a que el respeto de las otras culturas debe impedir la "criminalización" de los comportamientos de los miembros de dichas comunidades, cometidos conforme a sus pautas culturales. En ambos casos, el límite es que las normas contenidas en las reglas consuetudinarias[38] y, por tanto, los comportamientos que regulan no contradigan los derechos fundamentales. Esta barrera es básica y compensa el abandono que implica la admisión parcial del derecho consuetudinario de dichas comunidades; así, por ejemplo, es inadmisible que se acepten penas corporales por el simple hecho que es costumbre aplicarlas y, así mismo, que no se repriman los maltratos físicos a menores y mujeres por ser tradición practicarlos en algunas de dichas comunidades.

390 Las diversas constituciones que se han sucedido en el Perú fueron elaboradas teniendo como base el criterio de que la ley es expresión de la soberanía del Estado[39]. Según la Constitución de 1993, de manera semejante a la Constitución de 1979, la potestad de "dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes" corresponde

37 En el Proyecto de LOPJ de 2002, art. 43, se estatuye que los "integrantes de las comunidades campesinas y nativas tienen derecho a la justicia impartida, conforme al derecho consuetudinario". Respecto a los Jueces de Paz, los órganos judiciales más próximos a las comunidades nativas y andinas, el art. 66, inc. 3, de la LOPJ dice que "preservando los valores que la Constitución consagra, respetan la cultura y las costumbres del lugar".

38 Sin embargo, hay que indicar la imprecisión y las limitaciones de la expresión "derecho consuetudinario", en la medida en que no comprende sino una parte, por ejemplo, del denominado "derecho comunal". Éste está también constituido por las reglas que la comunidad va creando para regular su organización y resolver los conflictos que se presenten (p. ej., por acuerdo de la Asamblea Comunal. Cfr. Peña Jumpa, 1998, p. 327 ss., en particular la nota 91; Brandt, 1987, p. 40 ss.; idem, 2003, p. 100 ss. Este autor, en la nota 20, señala que "la existencia y vigencia de sistemas de derecho consuetudinario en el país no es uniforme"; Villavicencio, 2006, p. 148 ss.

39 Pareja, 1973, p. 357; de Belaunde, 1974, p. 102.

al Parlamento (art. 102, inc. 1); pero así mismo, se le reconoce la potestad de "delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado en la ley autoritativa". Basándose en estas disposiciones, el gobierno dictó el DLeg N° 635, del 3 de abril de 1991, promulgando el Código vigente. Así mismo, con este procedimiento lo ha modificado en varias ocasiones. Si bien la misma Constitución establece, en el pf. 2 del artículo antes citado, que los mencionados decretos legislativos "están sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley", las posibles ventajas del sistema de delegación de la facultad legislativa no sólo dependen de la manera cómo el Poder Ejecutivo la utiliza, sino también y, sobre todo, de la manera como el Congreso, en el momento de dictar la ley autoritativa, establece los alcances de la delegación y, una vez estatuida, controla si se respetaron dichos límites.

La noción formal de ley aparece demasiado restrictiva, pues, no compren- 391
de, de manera expresa, los decretos legislativos constitucionalmente permitidos. En consecuencia, debido a que la separación de poderes no se presenta de la manera ideal a como fue concebida en sus orígenes, así como al hecho de que -en países como los nuestros- el régimen constitucional es con frecuencia suprimido o desnaturalizado, hay que adoptar una noción más amplia de la ley, en el sentido de que constituye toda disposición legal de carácter general dictada por la autoridad.

a.1. Decretos legislativos

Si bien el procedimiento de la delegación de facultades legislativas al Poder 392
Ejecutivo es correcto en cuanto a la forma, cabe preguntarse si es conveniente que una ley de particular importancia sea elaborada y promulgada de esta manera; sobre todo si se tiene en cuenta que, en casos como los de las leyes que regulan campos tan amplios de la vida comunitaria, no existe la urgencia de reaccionar ante problemas que exigen una inmediata intervención. Las deficiencias de esta vía aumentan en la medida en que de este modo se evita el debate parlamentario indispensable para que todas las corrientes políticas se manifiesten, en particular, sobre los criterios de política criminal que fundamentarán la nueva legislación. De acuerdo con la experiencia en este campo, no es suficiente que el Parlamento tenga la posibilidad de conocer cómo el Ejecutivo, obligado a darle cuenta, ha hecho uso de las facultades legislativas que le delegó. Este control no se produce de manera eficaz por razones políticas.

393 Uno de los aspectos decisivos de la delegación legislativa es que el Parlamento, en la ley que la establece, fije de manera precisa sus alcances. La delegación no debe ser tan general y amplia, que implique una abdicación del poder legislativo[40].

394 De esta manera, se evitaría, así mismo, que el Poder Ejecutivo no respete los límites establecidos en la ley de delegación. En esta falta se incurrió, en el marco de la autorización que le fue dada, mediante la Ley N° 23230, del 15 de diciembre de 1980, para que dictase decretos legislativos para derogar o modificar la legislación expedida por el régimen militar a partir del 3 de octubre de 1968. Así, se dictó, por ejemplo, el DLeg N° 46, del 10 de marzo de 1981, por el que se tipificó el llamado delito de terrorismo. Con esto no se derogaron ciertos decretos leyes del gobierno militar, ni se les modificó, sino que se estableció una nueva legislación creando una figura delictiva específica que no existía antes. Este fenómeno se ha producido de manera más frecuente cuando el Parlamento ha estado del todo sometido a una mayoría controlada de manera directa por el Poder central.

a.2. Gobiernos autocráticos y los decreto leyes

395 Debido a que el régimen democrático parlamentario no se ha consolidado y que el período republicano[41] se ha caracterizado por la sucesión de gobiernos democráticos y de gobiernos autocráticos[42], se plantea el problema de saber cómo deben ser tratados los decretos leyes en relación con el principio de legalidad. Al respecto, hay que tener muy en cuenta el hecho tangible de que dichos decretos, normas generales dictadas por gobiernos dictatoriales, han constituido y constituyen fuentes del derecho penal peruano, en la medida en que han sido y siguen siendo aplicados. Una simple observación del ordenamiento jurídico peruano, permite constatar que "el sistema legal no se resiente por los cambios periódicos de un régimen 'constitucional' a uno 'de facto'"[43] y que estos últimos "son aceptados como parte del sistema legal y gobiernan por medio de leyes y actos oficiales, controlados por una refinada costumbre y principios constitucionales"[44].

---

40 DONAYRE, 2001, p. 140 ss.

41 Respecto al período republicano es fuente de consulta indispensable, la excelente obra de JORGE BASADRE, Historia de la República, 16 tomos.

42 Conforme al esclarecimiento hecho por NINO, 2000, p. 89 ss.

43 FURNISCH, 1972, p. 62.

44 FURNISCH, 1972, p. 79.

Mientras dura el régimen dictatorial, la vigencia de los decretos leyes se basa en una validez de *prima facie* relacionada con su contenido, el cual debe ser respetuoso de la dignidad de la persona y de los derechos humanos. Además, existen consideraciones morales, como por ejemplo las de seguridad social, orden, paz, que favorecen el reconocimiento de las normas dictadas por quien detenta el poder[45]. 396

Los tribunales nacionales han admitido la validez de los decretos leyes sin considerar si eran o no respetuosos de los derechos básicos y con un pragmatismo inspirado en un positivismo estrecho. La Corte Suprema sostuvo, por ejemplo, que el "DL N° 11049 (Ley de seguridad interior de la República) tiene el mismo valor que los otros decretos leyes (no penales) emanados de la Junta Militar de Gobierno, al estar ésta investida de funciones legislativas, única forma como un gobierno de facto puede dirigir la vida política, económica y jurídica del país"[46]. Es también interesante recordar que el Cuarto Tribunal Correccional de Lima afirmó que las normas dictadas por el Gobierno Revolucionario "son acatadas y aplicadas cotidianamente por los órganos administrativos y jurisdiccionales, de modo que tampoco es admisible se cuestione su legalidad y vigencia"[47]. No conocemos resolución judicial en la que, durante el período de un gobierno de facto, se haya dejado de aplicar algún decreto ley por considerársele expresión de un poder usurpador. 397

Con relación al aspecto que es materia de este capítulo, la cuestión crucial se plantea cuando se restaura el ordenamiento constitucional. La importancia de la actitud que se adopte ante el reconocimiento de los decretos leyes es mayor en la medida de la trascendencia de las disposiciones dictadas. Un ejemplo notorio, en materia penal, es el de caso de la dación del CJM de 1979 mediante un decreto ley, que no fue tomado en cuenta ni por la Asamblea Constituyente, ni por el Gobierno constitucional en el momento de procederse a armonizar la legislación establecida por el Gobierno de facto con la Constitución. 398

Para comprender mejor cual ha sido la política que ha predominado ante las sucesivas rupturas del sistema constitucional, recordemos los siguientes casos. La Asamblea Nacional, elegida en comicios convocados por el 399

45 Nino, 2000, p. 99.

46 ES del 24 de marzo de 1950, en RJP 1950, p. 341.

47 Sentencia del 8 de enero de 1974, publicada en el diario "La Prensa" del 10 de enero de 1974, Lima.

gobierno de facto dirigido por Augusto B. Leguía, aprobó, mediante la Ley N° 3083, del 25 de septiembre de 1919, "todos los actos practicados por el Gobierno Provisional para hacerse cargo del Poder, para convocar al pueblo al plebiscito nacional y para conservar el orden". Así mismo, por la Ley N° 11490, del 28 de julio de 1950, se validaron los decretos leyes dictados, violando la Constitución de 1933, por el gobierno instaurado por el golpe militar del 27 de octubre de 1948. Por último, el "Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional", instaurado por el golpe de Estado del 5 de abril de 1992, emitió diversos decretos leyes, transgrediendo la Constitución de 1979, y que después fueron validados por la llamada Ley Constitucional del 9 de enero de 1993.

400 De esta manera, no se admitió el criterio doctrinario de que la restauración del orden constitucional tiene como consecuencia la pérdida de vigencia de los decretos leyes dictados por el régimen de facto. Tal vez, la única ocasión en que se aceptó la caducidad de ese tipo de disposiciones fue cuando, por Ley del 20 de diciembre de 1895, se declararon inexistentes las dictadas durante los años 1894 y 1895. El criterio aceptado es más bien el de la supervivencia de los decretos leyes hasta el momento en que sean derogados y sustituidos o modificados por el nuevo Congreso. En doctrina también se postula el criterio de la revisión, según el cual una vez restaurado el régimen constitucional, el Congreso debe proceder a una revisión de los decretos leyes para decidir sobre su mantenimiento en vigencia o su derogación.

401 Teniendo en cuenta la práctica nacional de admitir que las disposiciones legales de los gobiernos de facto son válidas, mientras no sean modificadas o derogadas o de manera implícita[48], cuando no sean cuestionadas, Pareja Paz Soldán[49] sostuvo que se trataría de una "convalidación implícita" por su aplicación y cumplimiento. Da como ejemplo, el caso del Congreso constitucional de 1963, el cual cada vez que consideró inapropiado o lesivo un decreto ley, procedió rápidamente a derogarlo o modificarlo "pero adviértase, señala Pareja, que ha utilizado los términos 'deróguese' o 'modifíquese', lo que implicaba que reconocía su previa existencia y validez. Se puede afirmar, concluye este autor, que el Parlamento ha prestado, cuando menos, un asentimiento tácito a aquellos decretos leyes sobre los cuales no se ha pronunciado y que siguen siendo acatados y cumpliéndose.

---

48 Ver: García Belaunde, 1977, p. 115.

49 Pareja Paz Soldán, 1973, p. 358, Cfr. Rubio/Bernales, 1981, p. 310 ss. Cfr. García Belaunde, Anexo de la obra Pareja, 1973, p. 600; 1976, p. 49; 1977, p. 115 ss.

Las razones avanzadas para justificar estas soluciones se basan sobre todo en la necesidad de favorecer la seguridad jurídica, la cual es indispensable para el desarrollo normal y continuado de las relaciones de los individuos entre sí y de éstos con el Estado. Si durante el periodo en que domina el gobierno de facto, el derecho se inclina ante la fuerza de quienes usurpan el poder estatal y asumen ilegítimamente funciones legislativas, en la época que sigue a su caída el derecho indebidamente estatuido es reconocido como un hecho consumado, en la medida en que no es derogado o revisado por las autoridades constitucionales. 402

Desde esta perspectiva, no creemos que sea correcto recurrir a criterios como el de "situación de urgencia" o del "asentimiento expreso o táctico de los gobernados"[50], para admitir los decretos leyes como fuente del derecho penal en nuestro país. Nos parece conveniente recordar con Kelsen que el principio de la legitimidad ("las normas jurídicas permanecen válidas mientras no sean derogadas en la forma que el mismo orden jurídico determine") únicamente vale en determinadas circunstancias. Deja de valer en el caso de una revolución, entendida esta palabra en su acepción más general; de tal manera que abarque el llamado "*coup d'état*". En una revolución, en este sentido amplio, ocurre siempre que el orden jurídico de una comunidad es nulificado y substituido en forma ilegítima por un nuevo orden; es decir, cuando el reemplazo no se hace en la forma prevista por el orden anterior[51]. Esta substitución se da aun cuando el régimen legal reconozca vigencia a las normas anteriores, ya que por este hecho éstas no pueden seguir siendo consideradas como las mismas. Lo importante, sin embargo, es que el reconocimiento de las disposiciones legales dictadas se haga, sobre todo de las impuestas por un gobierno autocrático, apreciando su contenido, el cual debe ser justo y respetuoso de los derechos básicos. En este sentido, podría llegarse a sostener, como lo hace Nino[52], que éste es el aspecto decisivo y el del origen formal de la disposición legal. 403

Con el fin de crear el marco jurídico-legal para evitar la repetición de golpes de Estado, la Asamblea Constituyente incorporó, en la Constitución de 1979, primero, el mandato de que "nadie debe obediencia a un gobierno usurpador ni a quienes asuman funciones o empleos públicos en violación de los procedimientos que la Constitución y las leyes establecen" (art. 82, 404

50 Bramont Arias, 1950, p. 18.

51 Kelsen, 1968, p. 137.

52 Nino, 2000, p. 100, 106.

inc. 1); segundo, declaró la nulidad de "los actos de toda autoridad usurpada"; y, por último, consagró el derecho del pueblo a la insurgencia "en defensa del orden constitucional" (art. 82, inc. 2). Lo que, como podía esperarse, no fue obstáculo para que el orden constitucional fuera de nuevo interrumpido y que el régimen surgido del golpe de Estado promoviera la dación de una nueva Constitución, en la que tampoco se dejaron de establecer normas similares a las de la Constitución de 1979, orientadas a prevenir nuevas usurpaciones de poder. Así, en el art. 46 Const., se dispone que "nadie debe obediencia a un gobierno usurpador, ni a quienes asumen funciones públicas en violación de la Constitución y de las leyes"; que la "población civil tiene el derecho de insurgencia en defensa del orden constitucional" y, así mismo, que son "nulos los actos de quienes usurpan funciones públicas". Para consolidar el Estado de derecho no bastan este tipo de declaraciones simbólicas, sino que es indispensable que se creen las condiciones sociales y económicas que son necesarias para la estabilidad de las instituciones y la justicia social.

a.3. Decretos supremos y reglamentos

405 Tratándose de ciertas leyes que regulan un amplio campo de actividades o el funcionamiento de ciertos sectores de la vida del país, es evidente que para su aplicación se requiere la dación de normas reglamentarias[53]. Esta labor se realiza mediante decretos supremos y reglamentos, que tienen como fin determinar y particularizar los modos de aplicación de las leyes, decretos legislativos o decretos leyes.

406 Cuestión interesante respecto al principio de legalidad es la de saber si esta actividad de reglamentación comprende o no las disposiciones de carácter penal contenidas en una ley general. La respuesta depende de cómo se comprenda tanto la tarea de incriminar comportamientos delictuosos como la de reglamentar leyes.

407 Si en las disposiciones penales, según el principio de legalidad, como garantía a las personas, se debe fijar en qué consiste el delito y qué pena se aplicará a su autor, resulta inútil reglamentarlas. La autoridad competente para hacerlo mediante decretos supremos o resoluciones ministeriales, no lo es para dictar o modificar leyes penales. Si procediese a reglamentar la disposición penal, tendría que limitarse, por tanto, a repetir lo establecido

[53] DONAYRE, 2001, p. 133 ss.

en la norma general (*intra legem*), ya que no debe sobrepasar o restringir los alcances de la norma general mediante una disposición que sea *preater legem o contra legem*. De modo que, de manera superflua, repetiría la descripción del acto incriminado y la pena prevista para su autor.

Este criterio es admitido por la doctrina peruana[54]. Pero por el contrario, en la práctica se aplica otro, lo que ha provocado confusión e inseguridad, debido a que se ha incurrido en verdaderas violaciones al principio de legalidad, en la medida en que se modifican los tipos legales y se alteran las penas previstas en la ley que se reglamenta. Mediante la norma reglamentaria, se procede en realidad a una interpretación de la norma reglamentada, con el objeto de precisarla o aclararla. Sin embargo, este tipo de proceder parodia a la llamada interpretación auténtica, la que es sólo de la competencia del Poder legislativo y no de una autoridad administrativa sin capacidad de legislar. Por lo que se trata de un atentado contra el principio de legalidad, que produce incertidumbre y no ofrece la garantía que éste debe brindar. 408

Es interesante recordar el caso del DL N° 19609 que, en su art. 5, disponía la represión penal (conforme a los arts. 186 y 188 del Código Sanitario, derogados por el DLeg N° 121, art. 12)[55] de las personas responsables de la conducción de las instituciones de salud pública y privadas, cuando en los establecimientos a su cargo no se prestara "atención médico-quirúrgica" (art. 2) a "las personas que se encuentren en riesgo grave de salud o vida, como consecuencia de una situación de emergencia" (art. 1) o cuando no contaran "con los recursos materiales y de personal necesario para cumplir eficientemente su cometido" (art. 13). 409

Esta regulación fue modificada mediante el DS N° 0023-73-SA, del 25 de enero de 1973, por el que se reglamentó el decreto ley antes citado. Así, se estableció cuáles son las "instituciones de salud públicas o privadas" (art. 1) y lo que debe comprenderse por "situación de emergencia" (art. 2) y por "atención o servicio médico quirúrgico de emergencia" (art. 3); se dispuso que el "responsable (sic) penal es el médico que efectúa la calificación" del estado de salud del paciente y que los representantes de la Institución y ella misma son responsables solidarios con el médico para el resarcimiento del mal ocasionado (daño en la salud o muerte). Por estas circunstancias y, además, por la forma tácita en que se derogó el aspecto penal del art. 5 410

54 Bramont Arias, 1950, p. 22.

55 Ley N° 26842, Ley General de Salud, del 15 de julio de 1997, deroga todas estas disposiciones. (Disposición cuarta de las Disposiciones complementarias, transitorias y finales).

del decreto ley reglamentado, nos ha parecido oportuno proporcionar este ejemplo típico de la defectuosa técnica legislativa utilizada.

b. Noción de delito

411 En el art. II, el legislador ha creído conveniente mencionar tanto los delitos como las faltas. No se refiere sólo al tipo legal sistemático, que consiste en la descripción esquemática que hace de la acción delictuosa en el precepto de las normas penales (tipo legal en sentido estricto), sino más bien a lo que en alemán se llama "tipo legal de garantía" (*Garantietatbestand*). Es decir, el conjunto de todos los presupuestos necesarios para aplicar una pena. Es decir, todas las circunstancias (antijuricidad, culpabilidad, condiciones objetivas de punibilidad, etc.) que caracterizan las acciones punibles y que, por tanto, fundamentan la consecuencia jurídica. [56].

412 Si ninguna duda existe que el principio de legalidad concierne a la parte especial del Código, a veces se cuestiona si también es aplicable a las normas de la parte general. La respuesta es afirmativa debido a que en éstas se fijan los presupuestos de punibilidad y son, por tanto, complementarias a las reglas de la parte especial. En caso contrario, debería admitirse que las disposiciones generales podrían ser completadas mediante el derecho consuetudinario en perjuicio del imputado.

413 En un ordenamiento como el peruano, en el cual el Código estatuye el principio de culpabilidad al decretar, en el art. VII, que "la pena requiere de la responsabilidad penal del autor" y proscribir "toda forma de responsabilidad objetiva", el legislador no debe establecer penas por la mera producción de un resultado. Si lo hiciera, violaría, en última instancia, el principio de legalidad. Este fue el caso, por ejemplo, cuando agravó la pena del delito de terrorismo (art. 2 del DL N° 25475)[57], diciendo simplemente, en el art. 3, inc. c, último párrafo, "si como efecto de los hechos contenidos en el art. 2 de este decreto ley, se producen lesiones graves a terceras personas". La deficiente redacción de esta disposición dejó abierta la posibilidad de que

---

[56] Sobre la necesidad de admitir esta clase de tipo, consultar: Zaffaroni, 1973, p. 177 ss.; Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2000, 419; Núñez, 1974, p. 75; Jescheck/Weigend, 1996, § 25 I 3; Maurach/Zipf, 1992, § 19 N° 39; Tiedemann, 2004, p. 172 ss.; Engisch, 1954, p. 129; Lenckner, en Schönke/Schröder, 2006, §§ 13 ss. N° 43 ss.contra: Bricola, 1965, p. 319.

[57] STC del 3 de enero de 2003, Exp. N° 010-2002-AI/TC.

se imponga cadena perpetua por el simple hecho de que se haya causado dicho perjuicio (responsabilidad por el resultado u objetiva). La consecuencia principal de lo expuesto es que el legislador no tiene, dentro de un sistema normativo en que imperan ciertos principios, libertad absoluta para considerar como punibles cualquier clase de hechos o agravar la represión sin tener en cuenta la responsabilidad del agente.

VI. No hay delito, no hay pena sin ley cierta

Esta forma de expresar el principio de legalidad ha sido desarrollada en diversas direcciones[58], las cuales son señaladas adicionándole una precisión determinada. Pueden mencionarse las siguientes: 414

No hay delito, no hay pena sin ley escrita. De esta manera se pone en primer plano el carácter escrito del derecho penal y, por tanto, la exclusión del derecho consuetudinario para calificar los actos de delictuosos y fijar la pena correspondiente a los responsables. 415

No hay delito, no hay pena sin ley precisa. Así se busca indicar que la ley debe ser redactada de la manera más exacta posible para que los destinatarios sepan cuáles son los actos incriminados y la sanción que les corresponde. 416

No hay delito, no hay pena sin ley estricta. Con esto se trata de subrayar que una vez que la ley ha sido dictada, ésta llega a ser la única fuente para el juez, quien no puede agravar la situación del procesado mediante la aplicación de una disposición legal por analogía. 417

No hay delito, no hay pena sin ley previa. Si la regla de base estatuye que el delito y la pena deben estar previstos en la ley, se deduce lógicamente que no se puede disponer en una ley la represión de un comportamiento, socialmente conforme, después de haberse cometido y tampoco que el juez aplique una ley a un acto realizado antes de la entrada en vigor de la ley. Para que un comportamiento sea punible es indispensable que la ley que lo incrimina y prevé la sanción aplicable sea anterior a su comisión. Este es el llamado efecto de la no retroactividad de la ley. 418

[58] Cfr. por todos: Roxin, 2006a, § 5 N° 8 ss.; Jakobs, 1991, 4/2,10 ss.; Eser, en Schönke/Schröder, 2006, § 1 N° 1, 8, 24 ss.; Rudolphi, en SK, AT 1, § 1 N° 1, 6, 11, 17, 22 ss.; Marinucci/Dolcini, 2006, p. 42 ss.

419 Los alcances de los adjetivos: escrita, precisa, estricta y previa no pueden ser determinados con nitidez. Además, las consecuencias que pueden derivarse de cada uno de ellos se entrecruzan y confunden. Por esto, resulta más bien decisivo considerar el fondo de la cuestión, dejando de lado la terminología utilizada por ser demasiado simplificadora. Así, conviene destacar mejor las reglas esenciales que se deducen del principio de legalidad. Se trata, por un lado, de un mandato de orden preceptivo, que dispone que los actos incriminados y las sanciones deben ser establecidos en la ley de modo suficientemente preciso y, por otro, de tres preceptos: prohibición de la analogía desfavorable, recurso al derecho consuetudinario y retroactividad de la ley penal favorable.

1. Certeza en la elaboración del tipo legal

420 En el art. II se hace referencia a que el acto esté "previsto como delito o falta" y que la pena o medida de seguridad se "encuentren establecidas" en la ley. Así, no se ha considerado necesario retomar la fórmula más estricta del art. 3 del CP de 1924, en el que se exigía que la calificación de una acción u omisión como infracción punible debía ser formulada "de manera expresa o inequívoca"[59]. De esta manera, parecía que se buscaba fijar una reserva de carácter absoluto, en el sentido de la concepción original del principio y de la convicción predominante en esa época, sobre la necesidad y ventajas de la legislación. Beccaria[60], uno de los propugnadores del principio de legalidad en el siglo XVIII, estaba en favor de que, al legislar, se utilizara el lenguaje corriente, de manera que el código constituyera un "libro de familia", mediante el cual cada uno podía saber que actos eran prohibidos y con que penas eran sancionados sus autores. De esta forma, se forjó la ficción expresada en la frase "la ignorancia de la ley no excusa" (*ignorantia juris criminalis nocet*)[61] que perduró en nuestro derecho, puesto que en el art. 87, pf. 2, del CP de 1924, se disponía que "la ignorancia de la ley penal no modificará en ningún caso la represión de delitos que tengan señalada pena mayor que la de prisión". Criterio abandonado en el Código vigente, mediante la regulación más adecuada del error de prohibición[62] (art. 14, pf. 2).

---

59 El art. 10 del CP suizo dice "*Ausdrücklich*" o "*expressément*" (expresamente) y así ya figuraba en el Proyecto de 1918; mas no en el Proyecto-texto de agosto de 1915. Por esto sería más exacto considerar como fuente directa de nuestra disposición el art. 10 del CP italiano de 1889.

60 Beccaria, 1979, p. 56, ss.

61 Ancel, 1981, p. 233; Waiblinger, 1955, p. 226.

62 Cfr. *infra* N° 1758 ss.

Cuando se exige que la ley sea establecida con claridad y certeza, no se tiene muy en cuenta, en primer lugar, que el lenguaje no es un instrumento exacto que permita reproducir con fidelidad la realidad de lo que se habla[63]. En segundo lugar, que las normas jurídicas, por su peculiar naturaleza, sólo son fórmulas generales, elaboradas a través de un complicado proceso de abstracción y concreción[64]. Como las palabras, estas normas son "caracterizaciones, que si bien permiten reconocer con facilidad los casos concretos típicos, están circundadas por una considerable zona de penumbra en la que tendrán cabida los casos dudosos"[65]. 421

Por estas razones, debe reconocerse que la reserva impuesta por el principio de legalidad sólo es de carácter relativo. Por lo tanto, no se ajusta a la realidad, sostener que los textos legales deben ser claros e inequívocos[66]. Creían en esta ilusión, por el contrario, los autores del Proyecto de 1985 (agosto), en la medida que no se limitaban a exigir que el legislador describiera el delito "de manera expresa e inequívoca", sino que agregaban, además, que debía hacerlo "sin dejar duda sobre los elementos que [le] integran". Así, pensaban que era posible redactar normas claras cuya aplicación no diera lugar a vacilaciones, lo que podía conducir a propugnar la inutilidad de la interpretación. 422

2. Incertidumbres en que incurre el legislador

a. No descripción del delito

En el mismo Código, no se ha respetado el mandato de que se debe individualizar el comportamiento incriminado. Esto sucede, por ejemplo, cuando el legislador se ha limitado a mencionar el comportamiento en cuestión, pero sin caracterizarlo en forma mínima. Por ejemplo, cuando en los arts. 114 a 120 regula la represión del aborto no dice en qué consiste el comportamiento que debe realizar el autor, sino que se limita a decir el que "causa el aborto" (art. 115) o "hace abortar". Con frecuencia, se justifica esta técni- 423

63 Las palabras y conceptos no son claros, precisos e inequívocos. Por esto, Germann, 1946, p. 113, dice justamente que el texto legal es con mucha frecuencia la exposición incompleta del pensamiento del legislador; idem, 1953, N° 6/3.

64 Engisch, 1975, p. 101.

65 Carrió, 1971, p. 68.

66 Ver art. 354, que reprime al juez o fiscal que "dicta resolución o emite dictamen, contrarios al texto expreso y claro de la ley..." y también el art. 422 que reprime al juez que se niega a admistrar justicia o que elude juzgar "bajo pretexto de defecto o deficiencia de la ley". En el art. 358 del CP de 1924 se decía "bajo pretexto de oscuridad o insuficiencia de la ley...".

ca legislativa diciendo que en estos casos el legislador se remite al criterio imperante en la doctrina y jurisprudencia.

424 De ser esto correcto, bien hubiera podido hacerlo con otros delitos; como con el homicidio o el hurto. Respecto al primero, al redactar el art. 106, hubiera podido limitarse a decir "el que comete un homicidio", sin embargo consideró conveniente describir este delito diciendo "el que mata a otro". La descripción del comportamiento punible es aún más detallada en el art. 185, en el que se regula el hurto. Según esta disposición, comete hurto, "el que, para obtener provecho, se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra". Esta manera general y esquemática de describir los comportamientos delictuosos, señalando sus elementos constitutivos fundamentales, está más de acuerdo con la finalidad del principio de legalidad.

b. Empleo de cláusulas generales

425 Un factor también limitador de la función de garantía del principio de legalidad es el empleo, en la elaboración de las disposiciones penales, de términos o expresiones demasiado generales, extensivas. Esto causa incertidumbre en cuanto al fin perseguido o al campo de aplicación de la norma[67]. En doctrina, se conoce esta clase de normas con el nombre de cláusulas generales (*Generalklauseln*)[68]. Sin embargo, hay que recordar que su uso es casi inevitable, por lo que el riesgo no reside en el simple hecho de utilizarlas, sino más bien en la manera como son empleadas.

426 Puede citarse a título de ejemplo la forma como el legislador ha descrito el delito de traición a la patria. Lo comete, según el art. 325, "el que practica un acto dirigido a someter a la República, en todo o en parte, a la dominación extranjera o a hacer independiente una parte de la misma". Mediante la expresión "un acto dirigido a..." no se individualizan suficientemente las acciones que pueden ser consideradas como constitutivas de este delito.

427 Los juristas y la jurisprudencia suizos afirman con relación al art. 265 de su Código Penal, cuyos antecedentes son la fuente inmediata de nuestra disposición, que la expresión "*acte tendant à*" (acto dirigido a) es tan amplia que comprende aún los actos preparatorios[69]. Si se tiene en cuenta, la pena

---

67 Waiblinger, 1955, p. 261. Engisch, 1954, p. 143, señala con justeza que muchos elementos descriptivos son igualmente indeterminados.

68 Naucke, 1973, p. 3.

69 Schwander, 1966, N° 720.

prevista por el legislador peruano (pena privativa de libertad no menor de quince años), se entiende con más facilidad la insuficiencia con que ha sido descrito dicho delito.

La situación evolucionó con claridad en detrimento del principio de le- 428
galidad cuando la denominación de traición a la patria fue utilizada para designar otras conductas, en particular las relacionadas con el terrorismo; baste con indicar que, aun cuando se da la impresión de describir en detalle un determinado comportamiento, se continua descuidando la exigencia establecida por éste. Esto se debe, en especial, a que se utilizan expresiones vagas; por ejemplo, cuando para describir una forma de terrorismo se hacía referencia a realizar "actos de colaboración de cualquier modo favoreciendo la comisión de delitos" (art. 4 del DL N° 25475). Vaguedad que no es suprimida, sino más bien acentuada por la enumeración que se hace, en esa misma disposición, de los actos de colaboración.

Es también vaga la descripción del comportamiento incriminado en el 429
art. 389 de la Ley N° 26859, del 1 de octubre de 1997 (Ley Orgánica de Elecciones). Según esta disposición, se reprime con pena privativa de libertad no menor de dos años a "aquel que haga propaganda electoral, cualquiera que sea el medio empleado, en las horas en que está suspendida; o aquel que atenta contra la ley, las buenas costumbres o agravia en su honor a un candidato o a un partido". Es evidente que en este caso, por ejemplo, no se establece ninguna referencia clara para individualizar el acto que debe ser ejecutado cuando se mencionan los atentados contra la ley o las buenas costumbres (formula suprimida en el Código).

El caso es más complejo cuando se da la impresión de describir en detalle 430
un determinado comportamiento, para lo cual se utilizan una serie de expresiones vagas; por ejemplo; cuando para definir el delito de terrorismo se hace referencia a que se cometa "empleando armamentos, materias o artefactos explosivos o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado". La indeterminación de estas últimas expresiones, hace imprecisa la descripción en sí del acto que se debe ejecutar: provocar, crear o mantener "un estado de zozobra, alarma o temor en la población..." (art. 2, del DL N° 25475, del 6 de junio de 1992).

c. Uso de términos vagos

Otro factor que determina una comprensión relativa del principio de lega- 431
lidad, es el uso frecuente de términos o expresiones que dan al juez, como

a todo intérprete, un marco bastante amplio de apreciación. A dichos términos se les denomina, en doctrina, elementos normativos, porque exigen una apreciación especial de valor para determinar sus alcances significativos[70]. A título de ejemplo, basta indicar las siguientes expresiones: "disminuyendo prudencialmente la pena" (art. 16, inc. 2; art. 21), "se esforzará seriamente por impedir" (art. 19), "afecten gravemente su concepto de la realidad" (art. 20, inc. 1); "elevada probabilidad de comisión de nuevos delitos" (art. 72, inc. 2), "gran crueldad" (art. 107, inc. 3), "conducta de índole obscena" (art. 183, inc. 2), "abusa de la posición monopólica u oligopólica en el mercado" (art. 232), "si es pequeña la cantidad de droga" (art. 298), "droga en dosis personal" (art. 299), "un acto arbitrario cualquiera" (art. 376).

432 La absoluta certeza que se proclama como exigencia del principio de legalidad está, por tanto, lejos de constituir una realidad. Por esto no es razonable pretender que las leyes penales se redacten de manera clara y exacta, como si en el acto de describir una acción hubiera un sentido en el cual a todo "inexacto" le corresponde un "exacto". En realidad, quien crea poder alcanzar esta perfección "persigue un espejismo que [le] elude perpetuamente"[71].

433 El lenguaje no es un instrumento tan delicado y preciso que permita describir con exactitud la experiencia. Cada uno de los términos o fórmulas empleados para hacer una descripción da lugar a dudas en cuanto a su significación. Todo intento para precisar sus alcances no puede hacerse sino recurriendo a otros términos y conceptos, los que a su vez deben, nuevamente, ser explicados[72]. Es lo que sucede, por ejemplo, cuando el legislador trató de precisar lo que son "actos de colaboración" reprimidos según el art. 4 de la llamada Ley de terrorismo (DL N° 25475). Así, en el lit. f de esta disposición, se dispone que son actos de colaboración "cualquier forma de acción económica, ayuda o mediación hecha voluntariamente con la finalidad de financiar las actividades de elementos o grupos terroristas". Esta definición implica, al menos, que se determine lo que se entiende por "cualquier forma de acción económica" y, luego, la explicación que se dé requerirá nuevamente ser precisada y así sucesivamente.

---

70 Cfr. *infra* N° 1113 ss.; Pagliaro, 2000, p. 51 ss.

71 Waismann, 1970, p. 235.

72 Noll, 1963, p. 299. Sobre la vaguedad de los conceptos ver: Naucke, 1973, p. 12; Wex, 1965, p. 48.

En vista de estas circunstancias, el legislador debe tratar más bien de es- 434
tablecer modelos de acción (elaboración del tipo legal) recurriendo a los criterios de generalización y diferenciación, o a instaurar conceptos cuya claridad depende del acuerdo que existe en cuanto a su contenido y límites. Por lo que Noll afirmó, sin mayores pretensiones, que "las labores de precisión le serán facilitadas al legislador cuando pueda disponer de un lenguaje ampliamente unitario en la teoría científica"[73]. Los juristas tienen, pues, una gran responsabilidad en este ámbito. Un ejemplo de lo que hay que evitar es la substitución del término culpabilidad, comprendido mal que bien en un sentido determinado, por el vocablo responsabilidad que, fuera de ser una innovación teórica poco difundida en nuestro medio, tiene un sentido particular también reconocido tradicionalmente.

La imperfección del lenguaje y, por lo tanto, de los textos legales es un fac- 435
tor ineludible que debe ser tenido en cuenta por la técnica legislativa, puesto que da cierta flexibilidad al texto legal, lo que posibilita su adecuación a la realidad cambiante[74]. Como lo hemos señalado, esto hace de la labor de quien interpreta y aplica la ley un proceso creador que, aun cuando ligado al texto legal, implica que se lleve a cabo con cierta libertad[75].

d. Defectos de técnica legislativa

Sin duda alguna que en la medida en que se utilice una técnica legislativa 436
adecuada, la redacción de las disposiciones penales ganará en precisión. Diversas son las técnicas que el legislador emplea en su elaboración. Si nos limitamos a la redacción de los tipos legales, objeto central del principio de legalidad, podemos señalar, por ejemplo, que algunas veces trata de individualizar la acción mediante la enumeración limitada de casos: formulación casuística (delito de uso fraudulento de cheques, art. 215), en otras recurre, a una fórmula general (delito de terrorismo, art. 2 del DL N° 25475) o a ambas, a la vez. En este último caso, la fórmula general es empleada como un correctivo de los inconvenientes propios a la fórmula casuística[76] o la enumeración de casos es utilizada para delimitar la descripción general del delito. Por ejemplo, en el art. 121, se describe el hecho de causar a "otro daño grave en el cuerpo o en la salud" y, en seguida, se introduce una lista exhaustiva de casos mediante la fórmula "se consideran lesiones graves...".

---

73 1963, p. 299.

74 HASSEMER, 1990b, § 1 N° 14 ss., especialmente N° 19 ss.

75 HASSEMER 1990b, § 1 N° 9.

76 NOLL, 1963, p. 300; HAFTER, 1946, p. 5.

437 También resulta oportuno señalar que constituye un defecto de técnica legislativa el hecho de incorporar a la ley criterios teóricos de reciente elaboración doctrinaria y que, por tanto, aún no se han consolidado. Lo que comporta el abandono de nociones conocidas y que han superado, mal que bien, la prueba de la regulación en la mayor parte de las legislaciones y de su aplicación en diferentes ordenamientos jurídicos. Esto sucede, como ya lo hemos indicado, cuando el legislador peruano ha substituido, simplemente, el concepto de culpabilidad (categoría dogmática muy estudiada y discutida) por el de responsabilidad (noción de reciente elaboración y ni siquiera regulada legislativamente en Alemania, país de origen). En el Perú, no se ha estudiado esta noción y, por lo tanto, se le ignora en general. Este hecho traerá como consecuencia que el cambio introducido no pase de ser un cambio de terminología, pues, se entenderá, en el mejor de los casos, la responsabilidad en el sentido de culpabilidad. Aún, el mismo legislador no ha dejado de continuar hablando de culpabilidad y esto hasta en el Código, aunque de manera excepcional; por ejemplo, en el art. 353 ("que sean culpables de los delitos previstos en el Título Delitos contra los poderes del Estado y el orden constitucional").

438 Además de las deficiencias anotadas, hay que destacar que con frecuencia no se tiene en cuenta que cualquier modificación de uno de los elementos del ordenamiento jurídico, debido justamente al carácter sistemático de éste, produce efectos inesperados en algunos aspectos de su estructura. Olvidar esto, en relación con la determinación de las conductas delictuosas, implica disminuir las posibilidades de lograr la certeza que exige el principio de legalidad. Un caso interesante es el ocasionado por lo dispuesto en el art. 40, pf. 2, respecto a los empleados de las empresas estatales y de economía mixta, con relación a quiénes deben ser considerados servidores y funcionarios públicos (art. 425, inc. 5)[77] y, por tanto, con los delitos contra la administración pública.

3. Certeza en la determinación de la sanción penal

a. Penas

439 No hay sanción sin ley previa significa, por un lado, que la sanción punitiva debe ser prevista de manera suficiente antes de que el delito sea cometido y, por otro, que el juez debe limitarse a imponer la sanción prescrita.

[77] Urquizo Olaechea, 2002, p. 250 ss.

Si nos remontamos a los orígenes del principio de legalidad, hay que señalar que los esfuerzos para concretar sus exigencias desembocaron en la previsión, en los códigos penales, de penas absolutamente determinadas. Este criterio se reveló injusto e impracticable porque impedía la individualización de la pena, según la gravedad del acto y la personalidad del agente. Para alcanzar este objetivo, se adoptó un sistema flexible. 440

En el CP de 1863, se dividían las penas en grados y términos, dejando al juez un margen de libertad para agravar o atenuar la sanción. En el CP de 1924, se adoptó, siguiendo sobre todo el modelo suizo, un sistema de penas "relativamente indeterminadas", consistente en fijar para cada caso particular el mínimum y el máximum de éstas, facultando al juez para escoger libremente, al interior de estos márgenes, la pena adecuada al delincuente individual. Más aún, el legislador dejó, en muchos casos, un buen margen de libertad al juez para escoger entre dos penas de naturaleza y/o gravedad distintas. No son diferentes los criterios aplicados en el Código vigente y, en este ámbito, no es un cambio substancial la substitución de las penas de penitenciaría, prisión y arresto por una sola denominada "pena privativa de libertad". 441

Este aspecto del principio de legalidad debe ser conservado y revalorizado. No porque estimemos que sea posible determinar de manera absoluta la pena; sino porque implica limitar los poderes tanto del legislador como del juzgador. Para proteger efectivamente las libertades de la persona, no basta prever en la parte general las sanciones que puede imponer el juez, sino que también deben establecerse los límites para cada comportamiento delictivo en particular. 442

La idea equivocada de que la severidad extrema de la represión penal es el medio eficaz para hacer frente a ciertas formas de criminalidad, ha conducido a introducir en el Código límites máximos para la pena privativa de libertad, transformándola así, en estos casos, en una pena tasada. Es el caso de la llamada pena de "cadena perpetúa"[78] prevista, por ejemplo, para reprimir la violación sexual de niños menores de 10 años de edad (art. 173 inc. 1), el hecho de obligar a sembrar coca (art. 296-C) o de ser cabecilla de tráfico de drogas (art. 297) y diversos casos de agravación en razón a la producción de la muerte o de lesiones graves en la persona de la víctima (arts. 152, 173-A, 189, 279-B). 443

[78] STC del 3 de enero de 2003, Exp. N° 010-2002.AI/TC, Fs.Js. 184 ss.

444 La pena absoluta y tasada en extremo es la pena de muerte. Se ha tratado de reestablecerla, mediante el art. 140 Const., para los delitos de traición a la patria en casos de guerra y de terrorismo[79]. A pesar de que en esta disposición, *in fine*, se dice "conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada", esta regla es contraria a la CADH, art. 4, inc. 2. En esta disposición, se prohíbe la ampliación a casos en que pueda aplicarse la pena de muerte a supuestos no contemplados "actualmente". En la Constitución de 1979, sólo se la preveía para el delito de traición a la patria en caso de guerra exterior, en su art. 235.

445 Para limitar el poder del juez de individualizar la pena, en el Anteproyecto de CP de 2004[80], se propone introducir el sistema llamado de "cuartos", por el que se busca precisar las etapas que deben seguirse con dicha finalidad. Así, se estatuye que se fraccione en cuartos el marco establecido por el mínimo y máximo fijado respecto a cada tipo legal. Los mismos que deben ser considerados, en el caso *sub iudice*, en relación con las circunstancias concurrentes. De modo que si no concurren circunstancias ni atenuantes ni agravantes o sólo atenuantes, la pena debe ser fijada dentro de los márgenes del cuarto próximo al mínimo de la pena conminada. En caso de circunstancias agravantes, la individualización se hará al interior de los límites del cuarto próximo al máximo de dicha pena. Si se dan a la vez circunstancias atenuantes y agravantes, la pena será fijada en el ámbito correspondiente a los dos cuartos intermedios. Las ventajas aparentes de esta vuelta al sistema de grados de los viejos códigos son desvirtuadas por la necesidad de enumerar las circunstancias atenuantes y agravantes particulares; enumeración que es completada, para no dejar lagunas, mediante cláusulas generales. Lo que crea ciertos problemas; por ejemplo, el de precisar en qué casos se puede considerar que no se presentan ni circunstancias agravantes ni atenuantes o sólo las primeras. Así mismo, cuando procede descender por debajo del mínimum de la pena prevista.

446 En el Anteproyecto de CP de 2009, se sigue el mismo modelo, pero simplificándolo mediante el fraccionamiento en tercios y no en cuartos de la pena prevista para el delito cometido. La pena será fijada entre los márgenes correspondientes al tercio inferior, si no se presentan circunstancias ni atenuantes ni agravantes o sólo existen atenuantes; al interior del tercio intermedio, en caso de concurso de circunstancias agravantes y atenuan-

79 Azabache, 1994, p. 67, en especial 75 ss.

80 Art. 49, p. 39.

tes y dentro del tercio superior, si sólo se dan circunstancias agravantes. Como en el caso del Anteproyecto de CP de 2004, este encasillamiento de la individualización judicial de la pena resulta poco eficaz por la manera tan vaga como son establecidas las circunstancias agravantes y atenuantes. Vaguedad que permite al juez de recurrir a una u otra con gran facilidad y desvirtuar así los límites que se le fijan.

b. Medidas de seguridad

El principio de legalidad, en sus orígenes se refería sólo a la pena, por ser la única sanción prevista entonces. Al incorporarse las medidas de seguridad, bajo la influencia del positivismo criminológico italiano, se negó que estuvieran sometidas a este principio, por estimarse que no eran cualitativamente diferentes de las penas privativas de libertad (sistema dualista rígido de sanciones penales). Dichas medidas, siguiendo el modelo de los Proyectos de CP suizo, fueron introducidas en el nuestro sistema mediante el CP de 1924. 447

Ni en este Código, ni en las Constituciones de 1933 (art. 57) y de 1979 (art. 2, inc. 20, lit. d), se previó que el principio de legalidad comprendía también las medidas de seguridad. Por el contrario, si se prevé en el Código vigente. Sin embargo, este cambio significativo no tuvo eco en la elaboración de la Constitución de 1993, siguiéndose así la orientación de las constituciones anteriores. El criterio del Código vigente ha sido así mismo adoptado en el Código de los niños y adolescentes (Ley N° 27337, del 2 de agosto de 2000); en su art. 189, se dispone que ningún adolescente podrá ser "sancionado con medida socio-educativa que no esté prevista en este Código". 448

A pesar de la manera defectuosa como ha sido redactado el art. II, no se debe pensar que, a diferencia de lo que se estatuye respecto a la incriminación de la acción, lo decisivo sea que la pena o la medida de seguridad esté sólo prevista en la ley en el momento de ser impuesta. Muy por el contrario, también rige la exigencia de que se trata de la pena o sanción prevista en el momento en que se cometa el delito. Por la manera como ha sido redactado el art. II, no se puede decir que el legislador haya distinguido entre las dos sanciones y que la expresión "se encuentren establecidas en ella [la ley]" sólo concierne a las medidas de seguridad y que, en cuanto a las penas, habría que vincularla a la exigencia de que se trate de lo estatuido en "la ley vigente al momento de su comisión [del acto]". 449

450 Bajo la influencia de las ideas positivistas italianas, se pensó que las medidas de seguridad no tenían carácter punitivo ya que su finalidad era la de hacer desaparecer, mediante el tratamiento adecuado, el factor personal que condicionaba la comisión de delitos. En consecuencia, se consideró que las medidas de seguridad, por ser siempre favorables a la persona concernida, debían ser aplicadas desde que estuvieran establecidas en la ley, aún cuando no hubiesen estado previstas en el momento de la comisión del delito. Sólo según este criterio se justifica que la previsión y la aplicación de las medidas de seguridad no estén sometidas a las garantías brindadas por el principio de legalidad. Sin embargo, la distinción, así practicada, entre penas y medidas de seguridad es sólo una ficción. Las últimas son medidas coercitivas que privan o restringen los derechos de las personas y, por lo tanto, deben estar comprendidas en el citado principio[81].

451 El art. II debe ser comprendido en el sentido de que sólo se aplicarán las medidas de seguridad establecidas en la ley. En el art. 71, se prevén dos: la internación y el tratamiento ambulatorio. Así mismo, que sólo el legislador puede estatuirlas en las leyes que dicte y disponer en qué casos serán aplicadas. De modo que también para las medidas de seguridad la ley es la única fuente. Por lo tanto, el derecho consuetudinario y la analogía no pueden servir de base a la restricción de derechos a título de medida de seguridad.

452 En la medida en que, en el art. II, se dice que "nadie será sancionado", hay que comprender que el legislador se refiere también a la imposición de medidas de seguridad (sanciones penales) y que, por tanto, sólo procederá hacerlo cuando alguien ha cometido un acto previsto como infracción por la ley vigente en el momento de su comisión. En el art. 72, inc. 1, se precisa que debe tratarse de "un hecho previsto como delito"; por lo tanto, no basta una falta como podría deducirse del texto del art. II, en el que se alude a "delito o falta".

453 Delito significa un comportamiento típico, conforme al tipo legal. Así, en caso de agentes inimputables, a diferencia del referente a los delincuentes imputables relativos, no es indispensable que hayan actuado culpablemente (infracción completa y que da, normalmente, lugar a la imposición de una pena). De esta manera, se adopta el sistema de medidas de seguridad *post delictum*, lo que brinda mayor garantía para las personas puesto que no podrán ser sometidas a dichas medidas sólo por su personal manera de ser

[81] Cfr. Stratenwerth, 2005, § 4 N° 8; Schultz 1985b, Anteproyecto art. 2.

(sistema de medidas de seguridad *ante delictum*). Este mismo criterio ha sido admitido respecto a los "infractores adolescentes", que son definidos como aquellos "cuya responsabilidad ha sido determinada como autor[es] o partícipe[s] de un hecho punible tipificado como delito o falta" (art. 183 de la Ley N° 27337, del 7 de agosto de 2000). No dice cosa diferente el art. 184 de esta misma ley, cuando prevé que "el niño menor de doce años que infrinja la ley penal será pasible de medidas de protección previstas en el presente Código". Es decir que el menor debe cometer un hecho tipificado en la ley penal.

Así mismo, se fija el fundamento de su imposición en el riesgo de que el agente reitere la comisión de delitos. En este sentido, el inc. 2 del art. 72 estatuye la circunstancia de que "del hecho y de la personalidad del agente pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele una elevada probabilidad de comisión de nuevos delitos". En la índole de esta condición radica el problema esencial relativo a la determinación de la aplicación de las medidas de seguridad. A pesar de la exigencia de que hay que tener en cuenta el "hecho y la personalidad del agente", el pronóstico que debe hacer el juez sobre la probable comisión de nuevos delitos por parte del imputado no deja de ser demasiado aleatorio. Esto se debe, en buena cuenta, al hecho de que no existen criterios científicos o de experiencia para excluir la arbitrariedad en su formulación; por esto, se busca establecer ciertas normas para restringirla. Teniendo en cuenta la gravedad de la medida de "internación" de inimputables, se estatuye que sólo se aplicará cuando "concurra el peligro de que el agente cometa delitos considerablemente graves". Criterio que debe ser, también, aplicado en caso de imposición de la misma medida a delincuentes imputables relativos, a pesar de que no lo prevea el art. 77. 454

Con la misma finalidad, al establecer las condiciones de individualización de las medidas de seguridad (art. 73), se estatuye que la medida que se aplique, en el caso concreto, debe ser proporcional "con la peligrosidad delictual del agente, la gravedad del hecho cometido y de los que probablemente cometiera si no fuese tratado". Esta proporcionalidad se hace depender no sólo del criticable pronóstico de reiteración en el delito, sino así mismo de la gravedad del hecho cometido. De modo que en caso de un delito de poca gravedad, no podrá aplicarse una medida de seguridad basándose en la "peligrosidad" del agente. Sin embargo, aquí pesa también la imprecisión del criterio de la gravedad de los hechos "que probablemente cometiera si no fuese tratado" (art. 73 *in fine*). 455

456 Este pronóstico, por el contrario, no es exigido por el Código de los niños y de los adolescentes para la imposición de la internación. En el art. 236, se prevé que esta medida sólo podrá aplicarse cuando se trate de un infractor doloso, que el acto se encuentre tipificado en el Código y que la pena sea mayor de cuatro años; por reiteración en la perpetración de otras infracciones graves; y, finalmente, por incumplimiento injustificado y reiterado de la medida socio-educativa impuesta. Sin embargo, la amplitud de esta disposición reside en que no son condiciones acumulativas, con lo que se extiende demasiado el dominio de aplicación de una medida de seguridad tan grave.

457 Debido a que las medidas de seguridad sólo son reguladas en la parte general, puesto que son impuestas según la personalidad del agente y no de acuerdo con el tipo de delito cometido, era necesario regular las condiciones de manera general. La determinación de la duración de la internación es precisada, en forma relativa, cuando se establece que "no podrá exceder el tiempo de duración de la pena privativa de libertad que hubiere correspondido aplicarse por el delito cometido" (art. 75). Sin embargo, como la base de la individualización de la pena es la culpabilidad con que actuó el delincuente, resulta bastante problemático establecer cuál sería ese límite en caso del incapaz de culpabilidad que debe ser sometido a la medida de seguridad. La fijación de la duración queda así al arbitrio del juez. Esta imprecisión es, en parte, corregida cuando se establece que el internado debe ser sometido, cada seis meses, a una pericia médica para saber si "las causas que hicieron necesaria la aplicación de la medida han desaparecido" y, si este fuera el caso, hacer cesar su ejecución (art. 75, incs. 2 y 3).

458 En caso de imputables relativos, alcohólicos o toxicómanos imputables, la duración de la internación no es precisada de manera conveniente. Su limitación en función de la duración de la pena que se les imponga, se establece de modo indirecto cuando, en el art. 77, segunda frase, se dice: "El periodo de la internación se computará como tiempo de cumplimiento de la pena sin perjuicio que el Juez pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración atendiendo al éxito del tratamiento". Situación que se agrava en la medida en que de esta manera y, además, conforme a lo dispuesto en la primera parte de la norma citada, se admite la posibilidad, aún parcial, de la ejecución de ambas sanciones: primero la medida de seguridad y, luego, la pena.

459 Esta deficiencia debió evitarse regulándose cada uno de los casos considerados de manera separada, como se hizo con el relativo a los inimputables.

El art. 77 aparece como introduciendo subrepticiamente la imposición de medidas de seguridad, las mismas que no eran previstas en los últimos proyectos de reforma del Código. El criterio que pareció primar entre los autores del Proyecto de 1990 fue sólo el de prever medidas de seguridad para los agentes incapaces de ser sometidos a pena.

VII. El principio de legalidad en la jurisprudencia

En diversas sentencias se invoca, de manera más o menos amplia, la vi- 460
gencia del principio de legalidad. A pesar de ciertas imprecisiones en la argumentación, los jueces de la Corte Suprema han señalado[82] que "para determinar el carácter delictivo de una conducta, el análisis de la misma pasa por la constatación que hace el juzgador, de que el presupuesto fáctico del cual parte, encuentra identidad con la hipótesis contenida en la norma penal que sanciona el hecho sometido a estudio; una vez realizada la labor de subsunción y agotado el análisis en las esferas de la antijuricidad y de la culpabilidad, la calificación de la conducta delictiva será de vital importancia para el proceso". De manera simple, se puede decir que el juez debe comprobar la comisión de un hecho, su adecuación a un tipo legal, la ausencia de causas de justificación y la presencia de las circunstancias de culpabilidad (tipo legal de garantía). Así mismo, cuando sostienen que "es garantía de la función jurisdiccional que el juzgador precise la norma penal específica a la que se adecua la conducta ilícita que ha sido materia de juzgamiento, no sólo para determinar el *quantum* de la pena, sino también para los fines penitenciarios a que quedará sujeto el condenado, para los efectos de prevención especial que corresponde"[83]. Esto constituye la confirmación de la obligación de señalar la base legal de la represión penal.

En este sentido, el caso más claro de no respeto al principio de legalidad es 461
el del fiscal que acusa o del juez que condena por un comportamiento que no está previsto en una ley penal o que ya no lo es más por derogación de la ley que lo penaba. Por ejemplo, reprimir por delito de fraude procesal (art. 197, inc. 1) a quien cometió el comportamiento incriminado mientras estaba vigente el CP de 1924, en el que no se preveía dicha infracción[84]. Así mismo, aplicar la figura agravada de receptación, prevista en el art. 195, a

82 ES del 4 de noviembre de 1999, Exp. N° 2924-99, en Rojas/Infantes, 2001, p. 44.

83 ES del 11 de noviembre de 1999, Exp. N° 821-99 La Libertad, en RPJ, 2000, p. 337.

84 ES del 20 de mayo de 1998, Exp. N° 386-98 Lima, en Rojas, 1999, p. 131.

pesar de que ha sido derogada, mediante el art. 2 del DL N° 25428, del 11 de abril de 1992[85]. Por último, imponer la pena de multa a pesar de no estar prevista para el delito cometido[86].

462 Un criterio restrictivo respecto al principio de legalidad es el consistente en centrar sus alcances con arreglo al carácter del comportamiento ejecutado. Como lo hemos señalado, se trata del tipo legal de garantía y no del tipo sistemático, el mismo que se deduce, bien es cierto, del principio de legalidad. De modo que sólo de manera indirecta se trata de legalidad cuando se afirma que la tipicidad supone tanto el aspecto objetivo como el subjetivo[87] o que la tipicidad se da tanto de modo directo (conformidad al precepto de la disposición penal) o indirecto (casos de tentativa o participación).

463 Por el interés que representan y por constituir todavía delitos los comportamientos juzgados, resulta oportuno citar dos casos referentes a la aplicación del CP de 1924. Tanto conforme al art. 237 de este Código como al art. 185, el hurto supone que el objeto del delito sea "un bien mueble, total o parcialmente ajeno". Por esto es correcta la decisión de la Corte Suprema, de no sancionar al acusado que sustrajo bienes muebles de la casa de su conviviente, por haber demostrado mediante documentos su calidad de propietario. Esta solución es ajustada al principio de legalidad, pues, como afirmó el fiscal en su dictamen, "si bien no puede dejarse de destacar que el comportamiento del acusado es injustificable moralmente; desde el punto de vista legal, no puede estimarse como la comisión del delito que se le incrimina..."[88]. Es decir, el juez no puede sancionar una acción por más inmoral o antisocial que sea, si es que antes no se adecua a uno de los "moldes" contenidos en la ley.

464 Constituye, por lo tanto, una violación del principio de legalidad si se hace lo contrario. Es el caso de la ES del 6 de abril de 1964, en que se sanciona por delito de violación al acusado mayor de edad que sin violencia hizo sufrir el acto sexual a su hermana de 17 años[89]. Uno de los fundamentos

---

85 ES del 10 de julio de 1998, Exp. N° 4210-97 Puno, en Prado, 1999, p. 52.

86 Sentencia de la Sala Penal de apelaciones para procesos sumarios con reos libres del 25 de noviembre de 1998, Exp. N° 3336-98, en Prado, 1999, p. 55. Cfr. ES del 16 de marzo de 1998, Exp. N° 144-97 Cuzco, en Rojas, 1999, p. 551.

87 Sentencia de la Sala Penal de apelaciones para procesos sumarios con reos libres del 28 de abril de 1997, Exp. N° 8554-94, en Rojas/Infantes, 2001, p. 44.

88 ES del 2 de mayo de 1969, en AJ 1967-1968-1969, p. 293.

89 El texto original del art. 199 exigía que la víctima sea menor de 16 años para que se castigue

de la resolución es que "el hecho cometido [...], no sólo es contrario a la moral, sino que es un acto manifiestamente punible, porque va contra las bases sustanciales de nuestra Sociedad". Es evidente que se castigó por la comisión de un comportamiento no previsto como delito en la ley penal.

Ha de considerarse, igualmente, como un atentado contra el principio de legalidad, el hecho de que el juzgador agregue al "modelo" legal un elemento. De esta manera procedieron los jueces de la Corte Suprema cuando declararon impunes a los acusados que habían tenido relaciones sexuales con una menor prostituida de menos de 16 años de edad. Consideró el máximo tribunal que "el delito contra el honor sexual (violación de menores, art. 199 del Código derogado) sólo es justiciable con todo el rigor de la ley, cuando se practica en agravio de un menor de 16 años, cuya edad no ofrece ninguna duda y que ha observado antes una conducta moral...". Sin embargo, según el art. 199 del Código derogado basta que el agente "hubiere hecho sufrir el acto sexual o un acto análogo a un menor de 16 años"[90] (en el art. 173 del Código vigente, tampoco se requiere violencia o amenaza, ni buena moral de parte de la víctima). 465

De manera más detallada y fundamentada, el Tribunal Constitucional[91] ha precisado, en diversas sentencias, los alcances del principio de legalidad. Así, por ejemplo, ha sostenido que este principio, por un lado, "exige que por ley se establezcan los delitos y que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas previamente por la ley" y, por otro, "garantiza la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (*lex praevia*), la prohibición de la aplicación de otro derecho que no sea el escrito (*lex scripta*), la prohibición de la analogía (*lex stricta*) y de las cláusulas legales indeterminadas (*lex certa*)"[92]. Sin necesariamente aprobar las afirmaciones que ha desarrollado, en sendas resoluciones[93], estas afirmaciones (en particular) la última, hay que afirmar que este tribunal ha establecido pautas importantes sobre la legalidad en materia penal. 466

el delito de violación de menores y el art. 196 la violencia para que se dé el delito de violación.

90 Este texto ha sido modificado, en cuanto a la edad, por el DL N°18140, del 10 de febrero de 1970.

91 Rubio Correa/Eguiguren Praeli/Bernales Ballesteros, 2010, p. 685 ss. Respecto a España, cfr. Bacigalupo, Arts. 1-4, en Conde-Pumpido/López Barja de Quiroga, 2007, p. 24 ss.

92 STC del 17 de enero de 2006, Exp. 8780-2005-PHC/TC.

93 Por ejemplo, la STC del 3 de enero de 2003, Exp. N° 0010-2002-AI-TC; STC del 15 de noviembre de 2001, Exp. N° 0005-2001-AI/TC; STC del 21 de julio de 2005, Exp. N° 0019-2005-PI/TC.

§ 5 Interpretación de la ley

I. Vinculación del juez a la ley. II. El derecho como lenguaje. III. Noción de interpretación. IV. Necesidad de interpretar. V. Metas de la interpretación. 1. Concepción subjetiva. 2. Concepción objetiva. 3. Criterio mixto. VI. Métodos de interpretación. 1. Método literal o gramatical. 2. Método sistemático. 3. Método histórico. 4. Método teleológico. 5. Jerarquía de los métodos. VII. Interpretación declarativa, restrictiva o extensiva. VIII. Límites de la interpretación. 1. Analogía. 2. Reducción teleológica.

I. Vinculación del juez a la ley

Como en los demás ámbitos del ordenamiento jurídico, la aplicación del 467
derecho es monopolio de las autoridades legalmente constituidas. En materia penal, hay que considerar no sólo a las autoridades jurisdiccionales (jueces, tribunales, representantes del Ministerio Público), sino también otras que, sin pertenecer al aparato judicial, toman decisiones sobre cuestiones de su competencia (autoridades encargadas de la ejecución de penas, por ejemplo). En sus decisiones sobre los casos *sub iudice* deben apoyarse sobre una base legal, la cual, según el principio de legalidad, es la ley.

Si nos limitamos al caso del juez, hay que señalar que para absolver o con- 468
denar deberá invocar una disposición legal, En el periodo en que dicho principio fue estatuido en los ordenamientos legales, la relación entre la autoridad jurisdiccional y la ley era percibida como su sumisión estricta a las disposiciones legales. Así, se estimó que "los jueces de la nación no son sino la boca que pronuncia las palabras de la ley; seres inanimados que no la pueden moderar en su fuerza ni en su vigor"[94].

Así, se aplicaba de manera rígida el principio de la separación de los pode- 469
res legislativo y judicial. Los jueces no debían dictar leyes y los legisladores no debían intervenir en los procesos judiciales. La sumisión estricta de los jueces a lo establecido en las leyes implicaba, según el criterio predominante entonces, la restricción y hasta la prohibición de la interpretación de la ley. Así, Montesquieu afirmó que "en los estados republicanos, es de rigor ajustarse a la letra de la ley. No se le pueden buscar interpretaciones, cuando se trata del honor, de la vida o de la hacienda de un ciudadano"[95]. En esta misma perspectiva, Beccaria afirmó que en efecto, "en el caso de un delito,

---

94 MONTESQUIEU, 1987, T. I, p. 109.

95 MONTESQUIEU, 1987, T. I, p. 38.

hay dos partes: el soberano que señala la violación del contrato social y el acusado que niega esta violación. Es necesario pues que exista entre ellos un tercero que decida el conflicto. Esta tercera persona es el magistrado, cuyas sentencias deben ser inapelables y quien debe sólo pronunciarse sobre si hay o no hay delito. En consecuencia, la interpretación de la ley no es asunto del juez, quien se contenta con 'aplicarla'. En esta forma, la aplicación sólo es posible cuando el legislador elabora leyes precisas y claras. Las leyes obscuras y la interpretación constituyen un mal que será aún mas grande 'si las leyes no son redactadas en lenguaje popular'"[96].

470 Este rigor en la manera de concebir la relación entre el juez y la ley constituyó, en la práctica, un discurso político destinado a consolidar el nuevo tipo de Estado surgido de los movimientos sociales e intelectuales que tuvieron su momento culminante en la Revolución francesa. Esta manera de concebir al Estado ha variado de modo sustancial a partir de mediados del siglo XX y, en particular, debido a la primacía que se da tanto a los principios y valores constitucionales, como a los derechos humanos. En nuestro país, con el reconocimiento de la pluralidad cultural, por ejemplo, se debe dejar de considerar el derecho, por tanto, la ley como la expresión de una cultura hegemónica sino como la conjunción y cohabitación de diversos principios y valores. En consecuencia, la vinculación del juez a la ley pasa por la toma en consideración estricta de la constitucionalidad de las disposiciones.

471 El modo de percibir dicha vinculación se flexibilizó debido a los cambios substanciales en la manera de concebir el derecho y su aplicación. Muchas de estas modificaciones concernieron al principio de legalidad. Así, por ejemplo, se eliminaron las penas tasadas, señalándose un mínimum y un máximum dentro de los cuales el juez escogerá la pena particular. También, se restringió, en la redacción de la ley, el uso de fórmulas casuísticas prefiriéndose emplear términos que, luego, fueron denominados "elementos normativos", que admiten un amplio margen de apreciación.

472 Sobre la base del reconocimiento de estas circunstancias, se admite de manera amplia que la actividad judicial implica de modo fundamental la interpretación de las disposiciones legales, así como la de los hechos a los cuales es aplicada. Esto permite afirmar que el derecho es una práctica social compleja que consiste esencialmente en interpretar[97].

---

96 Beccaria, 1966, § V, p. 56.

97 Atienza, 2001, p. 267.

La vinculación del juez a la ley penal existe también entre ésta y toda persona que la aplica. Los juristas, al analizar un caso determinado, también deben partir de lo establecido en las disposiciones penales. Por lo tanto, su labor es similar a la que practican los jueces; pero a diferencia de los juristas, los primeros están condicionados por la obligación de resolver el caso concreto y por el contexto funcional en el que actúan. En esta labor, tanto jueces como juristas deben concretar los hechos, es decir, determinar cuáles son los relevantes para el derecho mediante la reconstrucción o interpretación de los mismos; escoger las disposiciones legales que consideran les son aplicables e interpretarlas para juzgar el caso concreto[98]. 473

II. El derecho como lenguaje

El derecho penal moderno, de acuerdo con el principio de legalidad, es sobre todo lenguaje escrito. En realidad, la existencia de las reglas depende del lenguaje[99]. El derecho, por tanto, "tiene por condición de existencia la de ser formulable en un lenguaje, impuesto por el postulado de la alteridad"[100]. Para comprender en qué consiste y cómo funciona el derecho en general es indispensable prestar atención a los problemas del lenguaje. Al respecto, hay que distinguir entre el lenguaje en el que están expresadas las normas y el de los juristas acerca del derecho. 474

Si bien no todas las normas jurídicas tienen la función de prescribir, hay que destacar que una de las características primarias del derecho "consiste en especificar, mediante reglas, ciertos tipos de conducta como modelos o pautas para guiar a los miembros de la sociedad como un todo, o a clases especiales dentro de ella; se espera que los miembros de la sociedad, sin el concurso o la intervención de los funcionarios, comprendan las reglas y entiendan que ellas les son aplicables y adecuen su comportamiento a las mismas"[101]. La comunicación de estas pautas o criterios generales de conducta - "mediante formas generales explícitas" - es posible gracias al lenguaje. 475

En el derecho penal, en virtud del principio de legalidad, la disposición legal debe ser una fórmula lingüística escrita, accesible a todos. Por la técnica 476

98 Capella, 1999, p. 130.

99 Moreso, 1996, p. 105.

100 Capella, 1968, p. 28.

101 Hart, 1963, p. 49.

legislativa empleada, las leyes con las que se incriminan comportamientos parecen dirigirse, en primer lugar, a las autoridades que las aplican. Así, según el art. 106, la autoridad competente deberá sancionar con una pena privativa de la libertad a quien mate intencionalmente a una persona. Sin embargo, estas normas se dirigen también a la generalidad de los miembros de la comunidad, con la pretensión de regular sus conductas[102]. Mediante el art. 106, se prohíbe matar a una persona y, por tanto, se ordena abstenerse de realizar tal comportamiento.

477 Los signos que constituyen el aspecto físico de las disposiciones legales poseen un significado que nada tiene que ver con la sustancia física real. Es la persona que tiene, mediante la facultad de la visión, la experiencia de dichos caracteres, la que les atribuye ese significado[103]. El texto es el medio por el cual se expresa la norma con la que se regula una situación determinada.

III. Noción de interpretación

478 La interpretación consiste en la atribución de significado a las fórmulas lingüísticas, denominadas proposiciones o disposiciones jurídicas[104]. Este es uno de los diversos sentidos con que se utiliza el término interpretación. Sus variados sentidos deben ser tomados en cuenta, pues, "no es lo mismo interpretar los aspectos de hecho de una situación que se desea encarar jurídicamente, que escoger y aplicar los preceptos normativos, jurídicos u otros [...]"[105]. Además, se le emplea tanto para referirse a la actividad interpretativa como al resultado obtenido mediante ésta. Éste es el significado atribuido a la disposición legal (objeto interpretado)[106].

479 Si se tiene en cuenta el objeto interpretado se distingue, por ejemplo, entre interpretación de la ley, del contrato, del acto administrativo y, en relación con el sujeto, se habla de interpretación del juez, del abogado, del jurista. Tomar en consideración estas distinciones es importante en relación con los límites y los objetivos de la interpretación. Si el juez busca establecer la regla de decisión del caso *sub iudice*, el jurista no interpreta, necesariamen-

---

102 Hart, 1963, p. 49.

103 Ross, 1970, p. 109.

104 Larenz, 1980, p. 246; Cfr. Ross, 1970, p. 113. Consúltese también Bonacorso, p. 259.

105 Vernengo, 1996, p. 240

106 Tarello, 1980, p. 38 ss.

te, con esta misma finalidad. Así, éste puede plantear los posibles sentidos diversos del texto y abstenerse de decidir cual es el adecuado[107].

Como el punto de partida de la interpretación es la disposición a interpretar y su conclusión es la adscripción de un sentido a dicha disposición, la interpretación "supone una relación entre el texto previo, un sujeto (el interprete) y un nuevo texto"[108], el cual busca explicitar el sentido del texto original. El factor que impulsa y orienta este proceso es el caso que debe calificarse jurídicamente. A partir de éste, el intérprete busca la ley de posible aplicación y para comprenderla retorna al caso. Por esto, se dice que la interpretación del derecho se basa en un "círculo hermenéutico o interpretativo" consistente en la relación, móvil y continúa, entre el caso, el intérprete y el texto a interpretar[109]. 480

Este proceso tiene un aspecto cognoscitivo, puesto que se acude al "fenómeno elemental del entender que se realiza a través del lenguaje". Esto nos muestra, según Betti, cómo el lenguaje adoptado por los demás no puede ser recibido así, tal cual, como algo material, sino acogido como una llamada o una invitación a nuestra inteligencia, como una exigencia dirigida a nosotros, para reconstruir desde adentro, traducir y volver a expresar interiormente, con nuestras categorías mentales, la idea que él suscita y representa"[110]. Este mismo autor afirma que "de este modo, en el proceso interpretativo ocurre una inversión del proceso creador: una inversión por la cual el interprete en el inter hermenéutico debe recorrer en sentido retrospectivo el inter genético y realizar en sí el repensamiento"[111]. Una característica específica de la interpretación jurídica es el hecho de que el intérprete no sólo traduce (renovación semántica del lenguaje normativo), sino que también actúa aplicando las disposiciones en el sentido que les atribuye al interpretarlas[112]. 481

De acuerdo con estas consideraciones, parece conveniente describir la interpretación como el conjunto de procedimientos metódicos y de apreciaciones valorativas estrechamente relacionados, mediante los cuales el intérprete, frente a una situación de hecho dada, adscribe un sentido a la 482

107 Velluzzi, 1998, p. 68.

108 Atienza, 2001, p. 268., Vernengo, 1996, p. 240 ss.

109 Frosini, 1989, p. 4; Cfr. Zagrebelsky, 1995.

110 Betti, 1966, p. 93.

111 Betti, 1966, p. 93-94.

112 Frosini, 1989, p. 9.

disposición legal aplicable. Esta noción se aleja de aquellas que conciben la interpretación como consistiendo en descubrir el sentido propio de las palabras de la ley. Dicho de otra manera, en determinar cuál de los sentidos posibles de las palabras ha sido empleado por el legislador. La noción que adoptamos, por el contrario, parte de la negación de que las palabras tengan "un sentido" natural y que, por tanto, el intérprete atribuye al texto legal el sentido que, en base a las palabras de la ley y de criterios de valor impuestos por el ordenamiento jurídico, aparece como el más justo al caso concreto que debe ser juzgado. Es decir que "sólo en la interpretación se concreta y se realiza el sentido que se trata de comprender; pero, este acto de interpretación permanece, así mismo, enteramente ligado al sentido del texto"[113].

483 Cuando se comprende el proceso interpretativo sólo como una actividad cognoscitiva, no se explica con plenitud en qué consiste, en realidad, la toma de decisión por parte del juez. Para lograrlo, hay que tener en cuenta que la adopción de dicha decisión depende de una apreciación valorativa de la norma. Debido a que ésta constituye la materialización de toda su tradición cultural y no se trata de una simple fórmula mágica, el juez, condicionado por este contexto, comprende la proposición jurídica de manera que su decisión aparezca y sea aceptada "como justa o socialmente deseable". Así, la interpretación -observada desde esta perspectiva- debe ser considerada también como un acto de valoración y no de mero conocimiento.

IV. Necesidad de interpretar

484 A raíz de las grandes codificaciones o de las grandes compilaciones, se tuvo la convicción de que el derecho positivo se encontraba realizado en la ley escrita. De modo que se consideró que la labor de interpretar debía estar plenamente sometida a la legislación. De acuerdo con un criterio absolutista, se afirmó que no era indispensable interpretar la ley y que había que respetar de manera estricta su sentido literal o, en caso de dudas, remitirse a la denominada "interpretación auténtica" a cargo de la autoridad competente (en primer lugar, el soberano o el Parlamento). Así, por ejemplo, en Francia, mediante el Decreto Orgánico del 16 de agosto de 1790, se prohibió a los jueces interpretar de "modo general" las leyes y se les ordenó dirigirse al Parlamento cuando consideraran indispensable que una ley debía

[113] GADAMER, 1972, p. 355; VIOLA, 1989, p. 344 ss.

ser interpretada. Así mismo, luego de la promulgación del CP de Baviera (1813), se prohibió comentar sus disposiciones[114]. Esta clase de prohibiciones tenía su origen en la idea de que el juez estaba vinculado de manera estricta al texto legal, lo que garantizaba la realización de los principios de igualdad y justicia.

Con la misma finalidad, se ha sostenido, también, la inutilidad de la interpretación en los casos en que el texto legal sea claro, seguro, cierto. El sentido del texto es el sentido comprendido *prima facie* y, en consecuencia, en estos casos, es posible prescindir de la labor interpretativa (*in claris non fit interpretatio*). Este es el criterio que está íntimamente relacionado con la idea de que las leyes deben ser redactadas de manera clara, precisa y bastante amplía para comprender todos los casos de manera que, según el principio de legalidad, cada miembro de la sociedad disponga de una descripción verbal que pueda usar para decidir qué es lo que no debe hacer y cuándo es oportuno hacer algo. 485

Sin embargo, la vaguedad del lenguaje hace inadmisible esta concepción. Afirmar que el texto es claro, "implica siempre una interpretación al menos implícita"; es decir, supone que ya ha sido comprendido en un sentido dado y que éste ha sido reconocido como el "verdadero". La interpretación no puede ser entendida como la simple comprensión literal del texto, dado que toda intelección literal implica una previa que debe ser confirmada, modificada o completada por el procedimiento de la interpretación. No hay, pues, texto que no requiera ser interpretado. 486

La idea del "texto claro" no sólo revela las insuficiencias del método gramatical, sino también los esfuerzos hechos para disimularlas. De esta manera, se busca encubrir el ejercicio dogmático de un poder que busca ocultar los motivos reales de sus decisiones y sustraerlos a todo control racional así como a todo debate. 487

Tanto el criterio de la "interpretación negativa" (prohibición de interpretar los textos legales), como el de la falta de necesidad de interpretar los textos claros están inspirados en un pensamiento que desconoce la realidad o que trata de ocultarla para favorecer, en perjuicio de la división de poderes, el predominio de quien tiene la facultad de dictar las disposiciones legales. Así, se olvida o escamotea el hecho de que los mandatos, prohibiciones o permisos jurídicos son transmitidos mediante expresiones del lenguaje (en 488

[114] RECASENS SICHES, 1956, p. 181 ss.; SOLER, 1962, p. 9.

nuestro caso, el español), muchas de las cuales son definidas de tal manera que tienen un uso especializado. Estas expresiones, comunes o técnicas, "no pueden reproducir, de manera exacta, toda la riqueza de la realidad de la que hablan"[115]. Las palabras no son unívocas, no tienen un sentido natural y obvio. Su significado varía según cual sea la conexión de lo que se dice; y el sentido de lo que se expresa en conjunto es lo único que puede esclarecer por completo el correspondiente significado de las palabras individuales. "El contexto mostrará -dice Ross- la referencia con que la palabra ha sido usada en cada caso individual si se anota así cada referencia individual -continúa el mismo autor-, surgirá un campo de referencia correspondiente a la palabra, que puede ser comparado con un blanco. En torno al centro habrá una densidad de puntos, cada uno de los cuales marca un impacto de referencia. Hacia la periferia la densidad decrecerá gradualmente". Concluye el mismo autor: "La referencia semántica de la palabra tiene, como quien dice, una zona central sólida donde su aplicación es predominante y cierta, y un nebuloso círculo exterior de incertidumbre, donde su aplicación es menos usual, y donde gradualmente se hace más dudoso saber si la palabra puede ser aplicada o no"[116].

489 Así, a pesar de que el derecho consiste en reglas generales formuladas por escrito, "en los casos concretos particulares pueden surgir dudas sobre cuáles son las formas de conducta exigidas por ellas". Esto es lo que se ha llamado "la textura abierta del lenguaje"; es decir, siempre es posible representarse un objeto respecto al cual carecemos de criterios para determinar si es comprendido por la referencia de la expresión en cuestión. Tomando conciencia de este hecho, hay que recordar, según Hart, que "la falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho"[117].

490 Los métodos y argumentos interpretativos son, de modo predominante, fruto de momentos histórico-culturales particulares. Además, la vaguedad

---

115 SCHAF, 1973, p. 99.

116 ROSS, 1970, p. 111; HART, 1963, p. 119. Tiene razón SOLER, 1969, p. 148 y 172, cuando rechaza la posesión escéptica, "consistente en transferir al lenguaje normativo las incertidumbres operativas posibles y aún frecuentes en el uso común del lenguaje". La expresión legal tiene un inequívoco sentido dispositivo. Pero no estamos de acuerdo con él en cuanto afirma: "Esto significa que cuando la ley emplea una expresión tiene un significado preciso y dispositivo. Salvo que ella disponga de otro modo, ese significado es único".

117 HART, 1963, p. 159; HERNÁNDEZ MARÍN, 1989, p. 38 ss.; CARRIÓ, 1976 p. 31 ss.; ATIENZA, 1985, p. 13 ss.

de las palabras está en relación a si, de acuerdo con el contexto de comprensión y aplicación de la norma, un aspecto de la realidad considerada está o no comprendido en la referencia de la expresión lingüística. Por eso resulta indispensable tener en cuenta dicha vaguedad. Todo esto pone en evidencia la "futilidad de las prohibiciones de interpretación que a veces se encuentra en los textos legales", puesto que "nada puede impedir que una palabra, ordinariamente precisa (en un contexto habitual), llegue a presentarse con vaguedad, y que esta vaguedad sea irreductible sin una decisión más o menos arbitraria"[118].

Por tanto, la expresión gana en precisión cuando se determina el contexto. 491
El término infanticidio, en una conversación entre legos, hace referencia al hecho de matar a un niño (un infante). Por el contrario, en nuestro discurso jurídico penal significa que la madre mata a su hijo durante el parto o bajo la influencia del estado puerperal (art. 110). La expresión menor de edad, en el lenguaje común, es empleada, muchas veces, para dar a entender que una persona tiene menos edad que otra. En el contexto del derecho, en general, y del derecho penal en particular, puede ser comprendida de diferentes maneras. Por ejemplo, menor que no posee capacidad penal (art. 20, inc. 2), menor víctima de delitos sexuales (art. 173), menor incapaz de consentir. Con referencia al delito de bigamia el término "matrimonio" (art. 139), puede comprenderse como referencia tanto al matrimonio civil como al religioso o a uno sólo de éstos (en el contexto penal, el definido por el derecho civil).

Para explicar mejor esta peculiaridad del lenguaje, se da con relativa fre- 492
cuencia el ejemplo del término "calvo", tomado del lenguaje común. Así, se pregunta: ¿Qué significa el término calvo? ¿A quién se le puede calificar de calvo? Si dar un contenido a esta palabra no tiene mayor importancia en la vida corriente, sería de gran importancia, por el contrario, si al legislador se le ocurriera, por ejemplo, aplicar un impuesto a los "calvos". Se tendría que esclarecer a qué categoría de personas alude esta expresión. ¿Calvo es quien no tiene ningún pelo en la cabeza o, también, quien tiene algunos pocos?[119].

Las dudas respecto al sentido de una palabra pueden surgir cuando es uti- 493
lizada dos veces en la misma disposición; caso en el que cabe preguntarse si tiene igual significación. Por ejemplo, en el art. 427, pf. 1, se dice: "El que

118 Capella, 1968, p. 248 ss.

119 Cfr. Soler, 1969, p. 174 ss.; Carrió, 1976, p. 28 ss.

hace, [...] un documento falso o adultera uno verdadero" y en el pf. 2, se expresa: "El que hace uso de un documento falso o falsificado". El término falso puede significar lo mismo y, por tanto, la palabra "falsificado" hay que comprenderla en el sentido de documento adulterado, al que hace referencia la segunda alternativa indicada en el pf. 1 o, por el contrario, habría que considerar que ha sido empleado con significados diferentes y que es indispensable precisar.

494 Aun reglas en apariencia tan claras como el art. 106, presentan dudas cuando se les confronta con la realidad. Esta disposición dice: "El que mata a otro...". Es a una persona natural y viva a la que se refiere el término "otro". Es natural que nos sintamos señalados por tal expresión. ¿Pero, comprende -también- a las "personas descerebradas" o "muertas clínicamente"? En realidad, de lo que se trata es de saber cuándo se ha de considerar muerta una persona. Esto se ha discutido mucho en los últimos años con ocasión de los transplantes de órganos. Hasta hace algunas décadas, se ha admitido que la vida dura hasta el último latido del corazón o movimiento respiratorio. Pero ante la comprobación de que las funciones del corazón pueden detenerse aun por horas, no se acepta hoy en día tal criterio. La medicina moderna admite, por el contrario, el concepto de la muerte cerebral, incorporado en nuestra legislación mediante el Código Sanitario[120]. En éste, se reconocía que el fin de la vida productora de consecuencias jurídicas, no corresponde a la verdad biológica. En relación con esta última, se establecía que "la muerte se produce por la cesación de los grandes sistemas funcionales" (art. 36). Esta definición fue modificada mediante la Ley N° 23415, del 1 de junio 1982, art. 5. Según esta disposición, "se considera muerte, para los efectos de la presente ley, a la cesación definitiva e irreversible de la actividad cerebral o de la función cardio-respiratoria". Esta última parte ha sido suprimida mediante la Ley N° 24703, del 19 de junio de 1987[121]. Debido a que se limita la aplicación de esta definición a los casos de transplantes de órganos y de tejidos, se plantea la cuestión si puede o no ser considerada para los efectos de la comprensión y aplicación del art. 106. Es decir, el "muerto clínicamente" puede o no ser víctima del delito de homicidio; el término "otro" comprende o no a la persona declarada muerta "clínicamente". Al respecto, cabe también cuestionarse, si el art. 1 de la Ley N°

120 DL N° 17505, del 18 de marzo de 1969; modificado por la Ley N° 23415, del 4 de junio de 1982, y la Ley N° 24703, del 25 de junio de 1987. Cfr. Hurtado Pozo, 1995, p. 27.

121 En el art. 21 del Reglamento de la ley aprobado por el DS N° 014-88-SA, del 31 de mayo de 1988, se refiere a que la función cerebral "tiene traducción clínica y electroencefalográfica".

23415, en el que se dispone que ocurrida la muerte "los restos mortales de la persona humana se convierten en objeto de derecho", sólo tiene efectos para los transplantes y que, en consecuencia, el destruir intencionalmente al "muerto clínicamente" constituye un homicidio. Nuestra jurisprudencia no ha tenido ocasión de pronunciarse y nuestra doctrina no se ha planteado *in extensum* el problema[122]. En el extranjero, se ha dado una respuesta negativa[123], la misma que consideramos aplicable entre nosotros[124].

También, debemos destacar que no son extraños a esta vaguedad los términos técnicos y, además, el mismo legislador los usa de manera inapropiada. Un ejemplo claro es el del empleo del término "responsabilidad", que es utilizado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia con sentidos diferentes. En el Código, se le ha empleado para sustituir el término "culpabilidad", sin que se pueda saber si sólo se trata de un cambio de terminología o si se abandona la noción de culpabilidad en favor de una nueva categoría penal. Situación que se complica, cuando se tiene en cuenta que, algunas veces, el legislador vuelve a referirse a la culpabilidad (art. 346: "que sean culpables"). 495

No hay que olvidar en relación con el lenguaje científico que éste se caracteriza por una tendencia a cultivar la formación pura de conceptos sistemáticos, independizándose así del contexto y de la situación. Sin embargo, sólo en la forma "más elevada del lenguaje científico, en el símbolo de las matemáticas puras, este esfuerzo ha tenido pleno éxito"[125]. Por esto, la referencia a la edad de la víctima -por ejemplo- es uno de los pocos casos de certeza de la expresión en las normas jurídicas que la contienen (art. 173, violación sexual de menores de 10 años, de 14 años y de 18 años). 496

Si bien estos aspectos muestran la necesidad de indagar qué contenido hay que atribuir a la expresión legal, el proceso de interpretación está muy condicionado por los hechos a los que se debe aplicar la disposición legal. Éstos son, igualmente, objeto de interpretación. La forma como sean establecidos y las pretensiones que generen influyen de manera esencial en la interpre- 497

122 Cfr. ROY FREYRE, 1986, T. I, p. 73; este autor considera que la persona declarada muerta clínicamente puede ser víctima del delito de homicidio. PEÑA CABRERA, 1972, p. 12 ss. HURTADO POZO, 1995, p. 39 ss.

123 MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, 1988, p. 13; STRATENWERTH, 1969b, p. 531; SCHÖNIG, 1968, p. 189; Morales PRATS, 1996, p. 671.

124 Sobre los fundamentos de nuestra posición, Cfr. HURTADO POZO, 1995, N° 33 ss. En general, Cfr. CASTILLO ALVA, 2008, p. 55 ss.

125 ROSS, 1970, p. 115.

tación. Esta influencia es, sobre todo, evidente en los "casos límites", pero no deja de estar presente en los casos comunes. Además, hay que tener en cuenta que el intérprete, actualmente, está bastante condicionado por el contexto cultural plural y por una situación social en constante evolución. Situación que difiere mucho de aquella más homogénea, cultural y socialmente, en la que el derecho era, en esencia, concebido como un conjunto de reglas y se estimaba, ideológicamente, resuelto el dilema de los valores fundamentales[126].

V. Metas de la interpretación

1. Concepción subjetiva

498 En el contexto señalado al final del párrafo precedente, se consideraba, en general, que la labor del intérprete estaba al servicio del legislador, en la medida que debía limitarse a establecer el "verdadero y único" sentido que éste había establecido en la ley. La concepción subjetiva[127], también llamada "tesis de la intención de la autoridad" se basa en el criterio de que la ley es un acto de voluntad soberano que se impone al juez. Como miembro del Estado, éste no tendría sino la tarea de determinar dicha voluntad. Así, se considera que el fin de la interpretación es determinar la voluntad del legislador histórico que elaboró la ley, tal como los trabajos preparatorios y los propiamente legislativos pueden revelarla más allá del texto; es decir, "a descubrir el significado que se intentó expresar, esto es, la idea que inspiró al autor y que éste quiso comunicar"[128]. De esta manera, el juez, por ejemplo, precisa la significación de los términos de la disposición que debe aplicar al conflicto que le es sometido. Se suponía así que la ley contenía la solución, la cual debía ser descubierta mediante la interpretación.

499 Para comprender la concepción subjetiva hay que considerar que la elaboración deliberada de la legislación está dirigida por la intención de expresar un precepto de acuerdo con los procedimientos constitucionales. Esta intención del órgano estatal competente para legislar debe reflejarse en el trabajo del intérprete dirigido a determinar el sentido de las dispo-

126 Zagrebelsky, 1995, p. 145 ss.

127 La terminología para designar las orientaciones subjetiva y objetiva de la interpretación varían mucho; así por ejemplo, también se habla de teoría intencionalista y de teoría constructivista.

128 Ross, 1970, p. 117.

siciones legales. De esta manera, tanto su labor como los resultados que obtenga serán legitimados, aun cuando el sentido que dé a las disposiciones interpretadas no sólo esté fundamentado en la intención del legislador. Sin embargo, esta "tesis de la intención de la autoridad" es objeto de críticas que deben tenerse en cuenta, para precisar el papel que juega en la interpretación.

El mayor problema que enfrenta esta concepción es el de precisar quién debe ser considerado como legislador[129]. Dificultad que está íntimamente vinculada con la individualización de la voluntad real, la cual debe ser determinada como contenido de la ley. Si esta tarea se revela muy difícil cuando se trata de un legislador individual, resulta casi imposible cuando se trata de un órgano colegiado (Parlamento). Sus miembros tienen en realidad múltiples intenciones, orientadas a producir efectos diversos en el ámbito social. Sin duda la determinación de la intención del legislador histórico es importante para la legitimación de la legislación[130] y para el esclarecimiento del mensaje legislativo, pero su búsqueda constituye un procedimiento que sirve, con frecuencia, para velar una realidad compleja y contradictoria. Esta búsqueda consiste muchas veces en atribuir a la regla un sentido como si fuera el expresado intencionalmente por el legislador real, cuando sólo se trata del sentido considerado, por el intérprete, como el correcto. La supuesta voluntad del legislador es, en ese caso, sólo una manera disimulada de atribuir un sentido a la norma, invocando -para lograr su aceptación- la autoridad del legislador. 500

A pesar de estas dificultades y considerando la real significación de los trabajos preparatorios, hay que rechazar la idea de que la voluntad del legislador es una mera ficción. Dichos trabajos son fuentes útiles para indagar lo que sus autores quisieron plasmar en el texto legal. Sin embargo, no hay que exagerar su importancia, afirmando, por ejemplo, que la interpretación sólo es válida si logra captar la o las intenciones del legislador. 501

2. Concepción objetiva

En la actualidad, la gran mayoría admite que el proceso interpretativo no siempre concluye en una sola solución. El resultado no es preciso, ni exento de ambigüedad. Determinar cuál de los posibles sentidos es el resultado 502

[129] RAZ, 1997, p. 213 ss.

[130] RAZ, 1997, p. 222.

"correcto" es un acto de apreciación valorativa, que está marcado por la manera cómo se determine la meta del conocimiento.

503 Para tener en cuenta las exigencias planteadas por los casos concretos, que no son los mismos que los que el legislador tuvo en consideración al dictar la ley, se dejó de pensar en el legislador histórico y se imaginó un legislador abstracto que la dictaba en el momento en que debía ser aplicada. Así, se atribuyó a la ley una autonomía y se consideró que la meta de la interpretación era la determinación de "su voluntad", de su sentido razonable, normativo[131].

504 Los sostenedores de la concepción objetiva afirman que la ley, una vez promulgada, adquiere existencia autónoma. Por esto, niegan que su sentido permanezca inalterado respecto al que le dio el legislador real. Su sentido es más bien determinado a medida que se aplica. Con este objeto se debe apreciar y adoptar el texto legal, en el marco de los cambios sociales, teniendo en cuenta su *ratio legis*. Así, se va adaptando la ley a las nuevas situaciones.

505 La debilidad de la teoría objetiva reside en la negación absoluta del hecho evidente de que la ley obtiene su fuerza del acto legislativo fundador y que éste no es ajeno a una cierta manifestación de voluntad. Además, su admisión sin restricciones implica el peligro de que la adaptación constante de la ley a las necesidades de cada momento "sea librada al azar de los casos sometidos al juez y culmine en resultados indeseados".

3. Criterio mixto

506 Fuera de que, debido al carácter práctico del derecho, hay que considerar, de manera necesaria, los casos concretos y responder a sus exigencias actuales, la separación radical de las concepciones subjetiva y objetiva es artificiosa. El intérprete no puede indagar sobre los diversos sentidos posibles del texto legal, sin plantearse la cuestión de cuál de éstos corresponde mejor al caso concreto; salvo que lleve a cabo una interpretación especulativa o teórica. También es engañosa en la medida en que se basa en la separación ficticia de la voluntad con que se estatuyó la norma y el mensaje que se quiso transmitir. La voluntad es un fenómeno del "mundo interno" del "legislador". Para conocerla se tiene que recurrir a las palabras que

131 Larenz, 1980, p. 250; Ross, 1970, p. 117, dice: "establecer el significado comunicado, esto es, el significado que está en la comunicación como tal, considerada como un objetivo".

constituyen el medio por el que se expresa el pensamiento. Por su parte, el mensaje comunicado no tiene un sentido objetivo independiente del medio por el que es manifestado.

La intención que es un fenómeno del mundo interno del legislador es "fundamentalmente inaccesible"[132]. Gioja afirmó, refiriéndose a la comprensión del espíritu del legislador -expresión con la que denomina la voluntad- que "salvo que uno tenga algunas dotes metapsíquicas muy especiales, uno no puede entrar en el espíritu del legislador, sino a través de ciertas manifestaciones externas que él haga. Las manifestaciones externas más comunes que tiene el legislador son hablar o escribir"[133]. Comprender el mensaje no consiste en descubrirlo. Esta comprensión varía según los elementos tenidos en cuenta: tanto aquellos presentes en el momento en que fue expresado como los existentes en el momento en que es comprendido. Voluntad y comunicación constituyen dos aspectos de un mismo fenómeno: de un lado, la primera se concreta en la segunda y, de otro, ésta expresa y hace conocer la primera. 507

Para entender mejor esta situación es preciso recordar que toda interpretación está precedida de una "comprensión previa del texto (precomprensión), que supone el conocimiento -entre otros factores- de las circunstancias sociales y de las concepciones jurídicas y políticas que han condicionado el nacimiento" del texto en cuestión[134]. Lo que permite poner en evidencia la manera de como la idea del legislador se impone "según la situación concreta", en la que se trata de comprender la norma para su aplicación. En esta perspectiva, la actividad del intérprete no puede ser concebida como el descubrimiento de un sentido que se le impondría, sino como la producción de un sentido determinado por su situación. 508

En la medida en que se reconocen las leyes positivas como fuente del derecho, la intención del legislador debe ser tomada en consideración para adscribir un sentido a las disposiciones legales[135]. Sin embargo, este proceso está condicionado por los criterios de interpretación reconocidos. Además, la intención del legislador no es el único factor orientador de la actividad del intérprete y tampoco basta para legitimar el resultado de la interpretación. 509

---

132 ROSS, 1970, p. 117.

133 GIOJA, 1993, T.II, p. 264.

134 GADAMER, 1972, p. 425 ss., 478 ss.

135 RAZ, 1997 p. 199 ss, en particular p. 232.

510 No existe, en consecuencia, perspectiva puramente subjetiva u objetiva. Si se prefiere seguir hablando de teorías subjetiva y objetiva, debe cambiarse el criterio de clasificación. Este consiste en considerar a qué elementos recurre el intérprete para determinar el sentido de la proposición jurídica. Cuando se vale de las circunstancias personales y de hecho, ligadas a la estructuración de la expresión y a su adecuación, diremos que la interpretación es concebida de modo subjetivo. Por el contrario, si emplea los datos que son discernibles por el destinatario en la situación en que se halla al aprehender la expresión, se ha de hablar de interpretación objetiva[136].

511 Ambos criterios deben ser empleados, por cuanto son útiles para establecer el significado de la ley, objeto de la interpretación. Larenz[137] ha señalado muy bien que es necesario lograr una síntesis, pues, la ley como voluntad expresada del legislador lleva en sí los caracteres de su tiempo, pero como ley ahora vigente se transforma con el tiempo. Ambos elementos tienen la misma gran significación, el intérprete debe tener en cuenta ambos[138].

4. Doctrina y jurisprudencia nacionales

512 En la doctrina penal nacional, las opiniones no son muy claras. Así, por ejemplo, se sostiene que "se trata de captar a través del conocimiento el exacto sentido de la ley, su verdadera voluntad, es decir la voluntad que late autónomamente dentro de la ley. No se busca la voluntad del legislador sino de la ley, que es cosa distinta"[139]. De las sentencias publicadas no se puede deducir una concepción coherente y con cierta vigencia. Lo cierto es que para fundamentar sus fallos los jueces recurren de manera indiscriminada y diversa a los diferentes criterios. Si bien la tendencia predominante es la de interpretar literalmente el texto legal, algunas veces se alude a la "voluntad del legislador" o la "voluntad de la ley". Los ejemplos que damos al presentar[140] los criterios interpretativos muestran esta confusión en la manera de concebir la comprensión y la aplicación de la ley.

513 Por ejemplo, en una antigua ejecutoria referente a la bigamia, se pronunció sobre el problema de saber si en el art. 214 del Código derogado (art. 139 del Código vigente) la palabra matrimonio se refería tanto al civil como al

136 ROSS, 1970, p. 118.

137 LARENZ, 1966, p. 87 ss.

138 Cfr. GERMANN, 1967, p. 47 ss.

139 PEÑA CABRERA, 1995, T. I, p. 207.

140 Cfr. *infra* N° 515 ss.

religioso. Se sostuvo que "aun cuando el segundo matrimonio se hubiese realizado en forma religiosa, constituye delito de bigamia si se contrajo estando viva la primera esposa. La mente del legislador -argumentaron nuestros jueces supremos- al establecer que sólo el matrimonio civil produce efectos legales, ha sido propender a la celebración del matrimonio como contrato y que el Estado tenga la constancia y el control de las uniones conyugales realizadas, pero no ha podido ser su intención que después de contraído un matrimonio civil se efectúen uno o más enlaces religiosos"[141]. Sin embargo, ha predominado el criterio restrictivo, sólo existe bigamia en caso de matrimonio civil. En general, podemos afirmar que la Corte Suprema se preocupa en particular del texto legal, en sentido figurado habla de "la doctrina que establece el Código Penal" o la ley.

Un cambio importante se ha dado debido a la labor del Tribunal Constitucional[142]. En sus decisiones se percibe una concepción más clara sobre la interpretación. Esto se debe a la misma índole de estas resoluciones y de sus objetivos. Su lectura resulta interesante, además, porque permite percibir la manera como son empleados los diversos criterios interpretativos[143]. 514

VI. Métodos de interpretación

En doctrina, se mencionan diversos métodos o argumentos interpretativos. Estos están concebidos, comúnmente, como procedimientos o técnicas utilizados para atribuir a los textos legales un significado. Desde otra perspectiva, se puede decir, así mismo, que justifican la atribución de un sentido a un texto legal. Son admitidos de manera amplia por los juristas, aun cuando no estén siempre de acuerdo sobre su índole y el papel que desempeñan. A veces, han sido regulados en la ley por considerarse que era conveniente orientar a los jueces sobre la manera de determinar el sentido de las normas. Sin embargo, aún en estos casos, no se trata de directivas a las que debe someterse automáticamente el juez o el intérprete en general. La regulación legislativa de algunos de estos métodos ha tenido, así mismo, 515

141 ES del 8 de junio de 1940, en AJ 1940, p. 59.

142 Ver el Anuario de Derecho Penal de 2005, consagrado a la Interpretación y aplicación de la ley penal, en particular los artículos de Landa. 2006, p. 75 ss. y García Toma, 2006, p. 173 ss.

143 Respecto a las disposiciones penales sobre terrorismo, véase la STC del 3 de enero de 2003, Exp. N° 010-2002-AI/TC.

la finalidad de darles la prioridad respecto a los demás. Esto está condicionado por las concepciones que se adopten sobre el derecho y la interpretación; por ejemplo, el considerar como prioritario el recurso al método literal suponía reforzar la posición de la autoridad de quien dicta las leyes y limitar fuertemente la facultad discrecional del órgano jurisdiccional.

516 La búsqueda del sentido de la norma que se interpreta no está, en consecuencia, determinada por el método. Por el contrario, éste depende de lo que se quiera encontrar; en otras palabras, el método está en función de lo que se indaga[144]. La diversidad de los objetivos con que se interpreta hace que nuestro sistema se caracterice por la pluralidad de métodos.

517 Debido a que se considera, cada vez de manera más amplia, que la interpretación no es un mecanismo con el que se descubre el verdadero y único sentido de la norma, se va imponiendo el criterio de percibir dichos métodos de interpretación, sobre todo, como elementos retóricos empleados por los jueces u otros intérpretes para desarrollar su argumentación de justificación del sentido que han otorgado a la disposición legal interpretada[145]. En esta perspectiva, hay que admitir que la determinación de este sentido no depende de la manera como se utilicen los métodos de interpretación. Conforme a lo indicado antes, la labor interpretativa desemboca siempre en una diversidad de resultados, entre los cuales debe escogerse el adecuado al caso concreto y, por tanto, también al ordenamiento jurídico. La solución está en la apreciación de valor, que es un factor externo al ámbito jurídico.

518 En derecho penal, todos los métodos de interpretación son aplicables. Sin embargo, a diferencia de los demás ámbitos jurídicos, deben utilizarse dentro de los límites establecidos por el principio de legalidad. De acuerdo con la perspectiva adoptada para precisar la semántica de las normas legales[146], se distinguen el método gramatical o lingüístico, el histórico, el sistemático o conceptual y el teleológico o político. Es oportuno advertir que la terminología utilizada para mencionarlos no es uniforme.

1. Método literal o gramatical

519 Constituyendo el lenguaje el medio por el que se establecen las disposiciones legales, no sorprende que haya acuerdo en admitir que el

144 CAPELLA, 1999, p. 134.

145 VERNENGO, 1996, p. 254.

146 CAPELLA, 1999, p. 140.

primer factor que debe tenerse en cuenta es, precisamente, la expresión lingüística. El punto de partida es, por lo tanto, el análisis del sentido literal. Como ya hemos afirmardo, con reserva respecto a la terminología utilizada, "lo que parece evidente es que el espíritu [se] descubre a través de la letra"[147].

Según la manera tradicional de percibir el método gramatical, se trata de la forma más simple de interpretación y consiste en indagar por el significado inmediato vinculado al uso común de las palabras[148]. Estas deben entenderse en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas. Sin embargo, como ya lo hemos visto, las palabras no poseen un sentido de esta índole. En su mayor parte, son ambiguas, vagas; su campo de referencia no está definido, pues, consiste en un núcleo o zona central nítida y en un nebuloso círculo exterior de incertidumbre. Debido a esto, mediante el esclarecimiento del sentido literal sólo puede lograrse fijar, más o menos, la amplitud de la expresión lingüística. El problema consiste en saber si el elemento literal (enunciado que prescribe) constituye un elemento independiente de los demás factores (histórico, sistemático y funcional) o si sólo es el resultado obtenido recurriendo a todos éstos. Si lo último fuera cierto, el enunciado legal no puede constituir un límite absoluto de la interpretación. Para determinar qué contenido semántico hay que darle, es indispensable adoptar las otras perspectivas concernientes a los restantes métodos. Pero, esto no implica que, al final del proceso interpretativo, no sea posible concluir confirmando que el sentido que deba adscribirse al texto legal sea el sentido literal. 520

Con el fin de ilustrar lo que hemos afirmado, resulta útil presentar una ejecutoria suprema[149], a pesar de que, por un lado, se refiere a la aplicación del art. 199 del Código derogado y, por otro, a que el problema de fondo no es más de actualidad porque el texto previsto en el indicado artículo no ha sido conservado en el nuevo Código. El caso concreto juzgado era el de un menor de catorce años de edad que practica el acto análogo al sexual con un pederasta, quien hace de pasivo. 521

147 GIOJA, 1993, T.II, p. 264

148 GUESTINI, p. 359 ss.

149 ES del 2 de octubre de 1973, en BJ, N° 11-12, p. 440 ss. El análisis que se hace debe ser apreciado teniendo en cuenta que el art. 199 del Código fijaba, entonces, en 16 años el límite máximo de la edad del sujeto pasivo; el mismo que fue rebajado a 14 años, mediante el DL N° 18140, del 10 de febrero de 1970.

522 El Tribunal Correccional, en primera instancia, condenó al homosexual a una pena privativa de libertad, como cómplice del delito de violación de menores. Consideró al menor como autor y víctima del delito. Dejemos de lado las críticas que merece esta solución y retengamos sólo que el Tribunal invocó el art. 199 del CP de 1924.

523 Al verse en la Corte Suprema este caso, se sostuvieron tres criterios distintos. En primer lugar, en la Resolución suprema se dice que, siendo el encausado un pederasta pasivo y el agraviado un menor de catorce años de edad que actuó como activo en el acto sexual, resulta que los hechos configuran el delito de atentado contra el pudor, previsto en el art. 200 del mismo Código. En segundo lugar, un primer voto en discordia afirmó que este hecho constituye el delito de violación presunta, "porque atenta contra las buenas costumbres, la libertad y el honor sexuales, y que las dudas al respecto se deben a los vocablos empleados en muchos códigos y a las circunstancias de que, como en el caso de autos, el agraviado hizo de sujeto activo en el acto sexual". En tercer lugar, un segundo voto en discordia sostuvo que el art. 199, al referirse a "hacer sufrir el acto sexual o el acto análogo a un menor", reprime al sujeto activo de dicho acto y no al pasivo, que en el caso presente es, precisamente, el encausado; llegándose a afirmar que no es de aplicación ni el art. 199 ni el 200 (CP de 1924) sino que debe castigarse al pederasta de acuerdo con el art. 85 del Código de Menores, entonces vigente, que reprimía la incitación a actos inmorales.

524 El mencionado art. 199 preveía: "El que hiciere sufrir el acto sexual o un acto análogo a un menor". Las discrepancias existentes entre la Resolución suprema y los votos discordantes tuvieron su origen en un problema de lenguaje. Se trataba de saber qué significaba "hacer sufrir el acto sexual o un acto análogo". En el caso del ejemplo, vemos que la Resolución suprema hacía referencia expresa a que el agraviado actuó como sujeto activo en el acto sexual. El primer voto en discordia señaló, expresamente, que las dudas para encuadrar ese comportamiento como violación de menores, se debían a los vocablos empleados en muchos códigos (se quiso decir, en nuestros códigos) y además al hecho de que el agraviado hizo de sujeto activo en el acto carnal. En el segundo voto, se hizo, también, referencia al papel de incubo o súcubo desempeñado por el acusado (homosexual).

525 Todo el problema giraba en saber que significaba la frase "hacer sufrir el acto sexual", o si se prefiere, qué cosa era lo que quería decir la ley, qué había

querido estatuir con ella el legislador. En la Resolución suprema analizada, se sostenía que el acto imputado al pederasta pasivo era un "atentado contra el pudor del menor" y no violación, en base a que se estimaba que el sujeto activo del acto sexual o análogo debía ser siempre el sujeto activo del delito, y que el sujeto pasivo debía ser, así mismo, el sujeto pasivo del delito. Esta opinión parece basarse en el criterio "machista" de que el sujeto pasivo "padece" el acto sexual.

En el segundo voto en discordia, se rechazó la aplicación de los arts. 199 (por las mismas razones en que se basó la ES) y 200, por faltar en el caso de autos "los elementos típicos que configuran la infracción". Sus sustentadores afirmaron que era de aplicación el art. 85 del Código de Menores (incitación a actos inmorales). En el primer voto en discordia, se sostuvo, por el contrario, que era de aplicación el art. 199. 526

Si bien no se puede afirmar que la respuesta conveniente se justificaría sólo mediante el análisis del lenguaje de la ley, cabe admitir que éste nos da la clave para encontrarla. Para esto, es indispensable referirnos a la fuente legal del art. 199: los proyectos suizos de 1916 y 1918. 527

El art. 199 era una traducción del art. 131 del Anteproyecto suizo de 1916. En el texto francés de esta disposición -que fue consultado por el legislador peruano-, se empleaba la frase "*faire subir*" cuya traducción literal es, precisamente, "hacer sufrir". La connotación emocional que tiene esta frase española, no la tiene la frase francesa. En español, "hacer sufrir" significa "hacer padecer", esto es hacer que una persona soporte con resignación y paciencia un daño moral o físico; en cambio, la expresión francesa significa, también, "someter de grado o fuerza" a una persona. Es en este sentido de someter por la fuerza que el legislador utilizó la frase "hacer sufrir". No se trataba de averiguar si el sujeto pasivo "padecía o no el acto sexual". La clave estaba en constatar si el acto sexual o análogo había sido impuesto a la víctima del delito (que no es siempre el sujeto pasivo del acto sexual o análogo). 528

Los jueces supremos -en el momento de resolver el caso- cuestionaron una serie de aspectos superfluos; por ejemplo, que el menor en forma alguna había sido presionado para realizar en la persona del encausado el acto análogo al sexual; que este último había actuado como sujeto pasivo; que el menor tenía plena libertad para aceptar o rechazar la "inmoralidad" propuesta. Pero el art. 199 no exigía que el acto sexual (o análogo) se realizara 529

contra la voluntad del menor; preveía, justamente, una forma de violación presunta. Es decir, que al menor se le consideraba incapacitado para prestar su consentimiento y todo aquel que practicase el acto sexual o análogo en su persona cometía un acto que la ley presumía no querido por éste, ya que ésta lo consideraba incapaz de prestar el consentimiento. Y, esto aun cuando el menor haya incitado y/o aceptado voluntariamente la realización del acto sexual.

530 Cuando en uno de los votos dirimentes se hizo referencia a que -para aplicar el art. 199- el sujeto pasivo del delito debía ser siempre el sujeto pasivo del acto sexual, se distinguía donde la ley no hacía distinción alguna. Además, si se hubiera analizado el art. 199 en relación con el delito de violación de mujeres mayores de edad (art. 196 del Código derogado), se hubiera percibido otro sentido de la expresión "hacer sufrir el acto sexual". En el mencionado art. 196, se decía: "El que mediante violencia o amenaza hiciere sufrir el acto sexual". Es decir, "hacer sufrir el acto sexual" implicaba, en realidad, someter a la mujer mediante violencia o amenaza para que practicara el acto sexual fuera del matrimonio. Siendo la mujer capaz de prestar su consentimiento, para la realización del acto sexual, el legislador debió indicar el medio: la violencia y la amenaza. En el art. 199, sin hacer referencia a medio alguno, se empleó la frase "hacer sufrir...". Esto se debe a que suponía en estos casos que el simple hecho de practicarlo con menores de 16 años, ya significaba cometerlo contra su voluntad. El menor era incapaz de prestar su consentimiento. De esta manera quedó en evidencia la imprecisión de la frase "hacer sufrir...". Tenía un núcleo muy claro: someter por violencia a una mujer para practicar el acto sexual; pero, también una zona de penumbra: el pederasta pasivo que se hace practicar el acto análogo por un menor. En estos casos, se habla de "interpretación extensiva"[150].

531 Para precisar el sentido de las disposiciones que debían aplicarse, era necesario recurrir a los otros criterios de interpretación, en particular al sistemático y al histórico. Así, el resultado de ésta sería coherente con el conjunto de las normas.

532 Otro ejemplo interesante, esta vez tomado del Código vigente, es el referente al art. 194 que prevé el delito de receptación y en el que se dice que el autor "debía presumir que (la cosa) provenía de un delito". La cuestión

[150] Cf: *infra* N° 566 ss.

es precisar si de esta manera se hace referencia, por ejemplo, sólo a quien acepta como regalo parte de las joyas robadas por un tercero o también a quien acepta regalos adquiridos con el producto de la venta del botín. La respuesta no se puede obtener mediante la simple interpretación literal ya que la frase: "debía presumir que provenía de un delito" no tiene un significado objetivo, natural. Muy por el contrario, puede ser comprendida, por lo menos, de dos maneras: por un lado, sólo en el sentido de que se trata de la cosa proveniente de manera directa del delito cometido (p. ej., la cosa de la que el agente se ha apoderado cometiendo un hurto) y, por el otro, abarcando, además del caso indicado, el consistente en que el encubridor se limita a beneficiarse indirectamente de la cosa que proviene de un delito. No recibe, por ejemplo, las joyas robadas, sino parte del producto obtenido con su venta (conociendo su origen ilícito).

Si el art. 194 se aplica o no a quien ha actuado de acuerdo con la segunda hipótesis depende del contenido semántico que se dé a la frase "proviene de un delito". Literalmente, "provenir" significa proceder, originarse una cosa de otra. "Origen", significa principio, nacimiento y causa de una cosa. Debido a esta ambigüedad en el lenguaje, hay que enfocar el problema desde otras perspectivas, por ejemplo la sistemática y la histórica. El antecedente del art. 194 es el art. 243 del CP de 1924, cuyo texto es casi textualmente conservado. La fuente legal del art. 243, en cuanto al tipo legal, es el art. 125 del Proyecto suizo de 1918 que ya figuraba en el texto de agosto de 1915 (art. 129), en el de 1908 (art. 87) así como en el art. 144 del Código helvético de 1942 (art. 160 de la versión vigente). Los expertos que redactaron este texto afirmaron que sólo puede ser objeto del delito la misma cosa obtenida mediante la primera infracción y no el producto de su venta. Así mismo, estuvieron de acuerdo en que no es necesario establecer si el delincuente obró por un móvil de lucro. Contra esta opinión, la doctrina y la jurisprudencia suizas admiten el criterio opuesto favorable a reprimir el seudo encubrimiento. Ni el factor histórico relativo a la voluntad de quien elaboró la disposición, ni el propio texto suizo permiten responder a la cuestión de manera definitiva. 533

En nuestro medio, una razón para rechazar el primer criterio reside en el hecho de que nuestro legislador ha incorporado a los delitos contra la administración de justicia la infracción en la que el agente actúa "procurando la desaparición de las huellas o pruebas del delito o escondiendo los efectos del mismo; en este caso, será reprimido con prisión no mayor de dos años o multa de la renta de tres a treinta días" (art. 405). Esta disposición tiene 534

como precedente el art. 332 del CP de 1924, que había sido establecido teniendo en cuenta el art. 16, inc. 2, del CP de 1879. Según esta norma, el encubrimiento era reprimido en todas sus formas como un tipo de participación; en los Códigos de 1924 y 1991, por el contrario, lo es a título de infracción independiente: primero, como receptación, dentro de los delitos contra el patrimonio; y, segundo, como encubrimiento real, en los delitos contra la administración de justicia.

535 Lo que interesa respecto al tema que tratamos es la diferencia lingüística existente entre el art. 194 y el art. 405. En el primero, se hace referencia a un bien que el delincuente "debía presumir que provenía de un delito" y, en el segundo, que actúe ocultando "los efectos del mismo [del delito]". Significa esto que el legislador emplea distintas formas lingüísticas para referirse a un mismo objeto de la infracción ¿"Cosa que proviene de un delito" es lo mismo que "efectos del delito"? En doctrina, se admite que lo único que diferencia ambos comportamientos es el móvil con que actúa el agente: en un caso, el de obtener un provecho; en el otro, el de dificultar la persecución judicial, desinteresadamente y en beneficio del delincuente. En este sentido, para aplicar el art. 194 es necesario comprobar que el encubridor actuó con el afán de obtener provecho. Esta opinión doctrinal es el resultado de la interpretación de los juristas y ha sido alcanzada indagando sobre las fuentes y las conexiones de la disposición con otras. Sin embargo, esta búsqueda no permite responder de manera firme sobre los alcances de la frase "provenir de un delito". Lo cual nos demuestra además que la perspectiva sistemática o conceptual se encuentra muy relacionada con la doctrina.

536 Todo lo dicho, no implica sin embargo negar la existencia de reglas, supuesto indispensable de la interpretación. Reglas que, en cuanto formulaciones lingüísticas, constituyen el punto de partida de la interpretación. Este aspecto de las reglas es un factor esencial, tanto en la determinación de los límites de ésta, como también en la creación de problemas de interpretación.

537 Por último, en este dominio, se olvida con frecuencia que muchas veces (p. ej., en los casos de redacción defectuosa o de error material) la determinación del texto se hace mediante la interpretación. En estos casos resulta bastante arduo aceptar que el texto es el que la condiciona o limita. Cuando estas versiones difieren, la declaración de cuál es el texto que debe ser aplicado es el resultado de la interpretación. Es decir, se precisa críticamente el texto legal.

2. Método sistemático

Según este método, la disposición legal es interpretada recurriendo a diver- 538
sos argumentos y técnicas con referencia, por ejemplo, al lugar que ocupa en el ordenamiento jurídico, al hecho de que los términos son utilizados por el legislador en el mismo sentido o con significaciones diversas de modo constante, a la circunstancia de que debe atribuirse el significado que concuerde mejor con aquel dado a otras disposiciones jerárquicamente diferentes o al hecho de que se recurra al argumento de la coherencia del sistema jurídico para evitar contradicciones normativas. Es decir, se trata de adscribir un sentido a la ley teniendo en consideración el contexto jurídico de la regla. El primer y fundamental problema que se presenta es, en efecto, la delimitación de este contexto jurídico que puede ser circunscrito a las disposiciones cercanas a la regla en cuestión o ampliado a disposiciones pertenecientes a otros dominios del derecho y aún a los principios generales.

La comprensión del método sistemático muestra que no se puede distin- 539
guir de manera radical cada uno de los métodos o argumentos interpretativos. De modo que debe ser caracterizado porque su objetivo principal es hacer posible la coherencia del ordenamiento jurídico[151].

El punto de partida del análisis sistemático es, por tanto, la idea de que el 540
sistema jurídico[152] es un todo coherente y que comprende tanto la ley escrita y la costumbre, como los principios y valores que pueden ser deducidos de las mismas. El postulado de la plenitud del sistema jurídico reemplaza al de la plenitud de la ley escrita, cara a los partidarios del positivismo formal y de la exégesis. Frente a las lagunas, insuficiencias, obscuridades de las leyes o de las disposiciones legales, el juez no puede retardar ni denegar la administración de justicia "bajo pretexto de defecto o deficiencia en la ley" (art. 422). Es decir, debe establecer la norma que le permita resolver el caso *sub iudice*. En estas circunstancias, se comporta como si el derecho fuera coherente, completo, carente de ambigüedades, justo y susceptible de conducir a una sola solución. Atribuyendo al legislador la conclusión que él escoge como justa para el caso particular, el juez la presenta como compatible con el conjunto del sistema jurídico. Aun cuando luego deba poner en conocimiento de la Corte Suprema las insuficiencias encontradas para que, si es el caso, ejercite su iniciativa legislativa.

---

151 Soler, 1962, p. 110 ss.

152 Alchouron/Bulygin, 1975, p. 23; Constanzo, 1992, Lazzaro, 1970, p. 459.

541 Sin embargo, tampoco hay que caer en el extremo de sostener, confrontándolo con los hechos, que el derecho es desordenado y contradictorio. De lo que se trata más bien es de poner en evidencia que afirmar su coherencia y plenitud absolutas, significa admitir una ficción que sólo resulta útil para ignorar la complejidad de la realidad social, su permanente cambio y el conflicto de intereses o valores de la comunidad. Es necesario, por el contrario, tener en cuenta la tensión existente entre las reglas y el orden social. Y, por último, que las relaciones innegables que tienen entre sí las reglas constituyen un elemento decisivo para la interpretación.

542 En la práctica judicial, se recurre al criterio sistemático, con cierta frecuencia, en los casos en que el texto legal contiene una expresión que también es utilizada en ámbitos diferentes al derecho penal. Por las connotaciones constitucionales que tiene es interesante plantear las dificultades que comporta la comprensión de los términos funcionarios y servidores públicos, que son empleados para caracterizar a los sujetos activos de los delitos contra la administración pública.

543 Teniendo en cuenta las dificultades que podrían tener para la aplicación de las disposiciones referentes a dichos delitos, el legislador peruano, como muchos otros, consideró conveniente prever quienes debían ser considerados funcionarios públicos o servidores públicos. Para los efectos de nuestro ejemplo, nos basta indicar que en el art. 425, inc. 3, se menciona a quienes "independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, y en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos". Así mismo que la enumeración establecida no es exhaustiva, pues, esta disposición contiene, en su último inciso, una cláusula integradora que se refiere a los demás casos "indicados por la Constitución Política y la ley".

544 En el caso del delito de peculado, reprimido por el art. 387, la condición esencial es que el autor sea funcionario o servidor público. Si no hubiera sido establecida la regla en el art. 425, inc. 3, se hubieran presentado dificultades para saber si el art. 387 es también aplicable a empleados de empresas estatales y empresas mixtas (capitales privados y públicos). Debiendo ser considerados, por la ley, funcionarios o servidores públicos, los jueces debían calificarlos, cumplidas las demás circunstancias previstas en el tipo legal, como autores de peculado. Las dudas surgieron con la entrada en vigor de la Constitución de 1993. En su art. 40, pf. 2, se dispone que "no

están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta".

La Corte Suprema ha considerado que la disposición constitucional deja sin efecto lo dispuesto en el art. 485, inc. 3 y que, por tanto, dichos empleados no pueden ser sujetos activos del delito de peculado. De esta manera, se adscribe al texto constitucional un sentido amplio, según el cual la exclusión de esas personas de la categoría de funcionarios y servidores públicos es válida para todo el ordenamiento jurídico. Esta interpretación consiste en asumir el sentido que se da al texto mediante la simple lectura, dejando de lado otros posibles. Uno de éstos ha sido planteado en algunas decisiones de la misma Corte Suprema. En este caso, luego de señalarse la insuficiencia de no ir más allá del sentido literal, se sostiene que la finalidad del pf. 2 del art. 40 Const. no es determinar quienes son funcionarios o servidores públicos, sino sólo precisar algunas cuestiones de orden administrativo. La más destacada sería la de fijar los alcances de la Ley N° 20530, relativa a la homologación del sistema de pensiones de por vida. Este argumento es reforzado mediante la comprensión sistemática de la Constitución, en el sentido de que no es coherente que, por un lado, se prevea un sistema de control estricto sobre la utilización de los fondos estatales (arts. 41 y 82 Const.) y se establezca que el Estado puede, de manera subsidiaria, realizar actividades empresariales directa o indirectamente (art. 82 Const.) y, por otro, se excluya de dicho control un buen numero de empleados de empresas estatales o de economía mixta que pueden causar graves perjuicios al patrimonio público. La argumentación es de orden teleológico porque se orienta a tener sobre todo en cuenta la finalidad del art. 40, pf. 2, de la Carta Magna. 545

De igual manera, debe enfocarse la interpretación del art. 485. La enumeración de las personas que deben ser consideradas como servidores o funcionarios públicos, en relación con los delitos contra la administración pública, está condicionada por la finalidad de proteger mejor los intereses públicos y, sobre la base, de la relativa autonomía del derecho penal, en el sentido de que puede regular categorías de manera autónoma y de acuerdo con sus objetivos. Así, aun cuando se utilice la misma terminología (posesión, lesión, funcionario, menor, etc.), el contenido puede ser diferente. 546

El criterio opuesto ha sido sostenido en una decisión por otros jueces de la Corte Suprema, en tanto que miembros de la Sala Penal. Desestimando una de las excepciones de naturaleza de juicio, interpuestas a raíz de la 547

sentencia penal antes presentada, los jueces afirman "que la interpretación legal no puede ser simplemente literal, sino teleológica, es decir buscando el fin y el espíritu de la norma, caso contrario se daría lugar y se ampararía la impunidad de muchos ilícitos penales"[153].

3. Método histórico

548 Los que atribuyen a la interpretación un carácter subjetivo, no hacen sino privilegiar el método histórico. Es decir, tratan de buscar la voluntad del legislador histórico o, de manera menos rígida, la voluntad reconocible (noción que permitiría corregir las imprecisiones cometidas por el legislador histórico). Así, se trata de determinar qué concepciones inspiraron a quienes redactaron y aprobaron el texto, cuáles fueron las finalidades que se propusieron alcanzar. También, se busca delimitar el contexto social en que tuvo lugar el proceso legislativo[154]. Con estos objetivos, se recurre a todos los materiales que hagan posible esta indagación histórica, cuyos resultados pueden facilitar la atribución de un sentido al texto que se interpreta. Entre dichos materiales, deben considerarse, por ejemplo, los documentos escritos que contienen datos sobre los trabajos preparatorios (proyectos, exposición de motivos, mensajes, actas de las comisiones o de los debates parlamentarios, etc.).

549 El método histórico puede permanecer al nivel del esclarecimiento del texto mediante el análisis de los datos referentes a la manera como se ha utilizado el lenguaje, conforme a la época de los trabajos legislativos, para expresar el mandato legal. Sin embargo, puede también consistir en recurrir sobre todo a la determinación del fin perseguido por el legislador, lo que supone tener en cuenta la "*ratio legis*". En una u otra perspectiva, resulta claro que una separación radical del método histórico respecto al literal o gramatical, al sistemático o al teleológico no es fácil de practicar. Esto confirma una vez más que debe recurrirse indistintamente a todos los argumentos interpretativos, teniendo en cuenta que están muy relacionados.

550 La eficacia del método histórico está, manifiestamente, vinculada con la mayor o menor posibilidad de contar con las fuentes documentales necesarias. Si en relación con una ley, recientemente discutida y aprobada, es más fácil indagar sobre las opiniones, los valores de quienes la elaboraron y

---

153 ES del 27 de noviembre de 1997, Sala Penal, Exp. N° 4574-96.

154 Zippelius, 1980, p. 54; Coing, 1972, p. 30.

aprobaron; esta tarea resulta más ardua respecto a leyes antiguas. Además, hay que considerar que, en función de la manera como sea utilizado, el método histórico puede desembocar en una interpretación conservadora, en la medida en que sirve para impedir una actualización del texto legal mediante la defensa de los viejos criterios que justificaron su adopción. Por último, hay que destacar que los trabajos preparatorios no informan siempre de manera certera sobre las ideas y valores del legislador, sobre todo cuando se trata de un cuerpo colegiado en el que sus miembros aprueban la ley por motivos y razones diferentes. Sin embargo, es innegable, que si bien el recurso a las distintas fuentes de información sobre la elaboración del texto legal, puede servir para esclarecer su contenido (medio auxiliar de interpretación), con frecuencia es utilizado "para aportar argumentos en favor de la decisión tomada a la luz de un texto presumido claro.

De modo que el juez no está obligado a tener en cuenta los trabajos preparatorios. Dispone, por el contrario, de una gran autonomía en la utilización de las informaciones jurídicas y axiológicas contenidas en esos trabajos, las que pueden serle útiles para aplicar la ley al caso concreto, como también para ordenar de modo correcto los motivos justificantes de su decisión. 551

4. Método teleológico

El método teleológico consiste en tener en cuenta el fin de la norma que se interpreta y el sentido inmanente del derecho en general o de un instituto; en relación con lo último se señalan "la naturaleza de las cosas"; "la equidad", "seguridad", etc. No se trata, pues, de las circunstancias accidentales que dan lugar a la dación de la norma legal, sino más bien de las necesidades político-sociales que la norma instrumenta y, así mismo, del contexto social en el que ésta ha de producir sus efectos[155]. En este punto, se debe tener cuidado en no oponer el fin realmente querido por el legislador al elaborar la ley con la "finalidad actual del precepto" (criterios subjetivo y objetivo). En algunos casos es posible identificar el fin o el ideal que inspiró al legislador, pero si no se logra reconocerlo habrá que preguntar qué fin puede tener razonablemente una regulación; para lo que habría que tener en cuenta los fines objetivos del derecho. 552

Sin embargo, hay que admitir que no siempre se puede establecer sin equívoco el propósito de una ley y, en el caso de identificarlo, no proporciona la 553

[155] DU PASQUIER, 1988, p. 189; CAPELLA, 1999, p. 143.

única guía de la actividad legislativa. Por esto, es preferible considerar que la interpretación teológica consiste en la "integración de una multiplicidad de valoraciones; y, el propósito de la ley solamente indica una consideración única de esa multiplicidad"[156].

554 Cuando se habla de método teleológico, se piensa más bien en la finalidad actual de la ley o de la disposición legal. Se trata entonces de determinar, teniendo en cuenta los objetivos del derecho, qué fines pueden atribuirse de modo sensato a la disposición legal. El intérprete puede así encontrar la solución del caso concreto de acuerdo con la escala de valores consagrada en el orden jurídico. Se habla en este caso de *ratio legis*, "razón de ser de la ley".

555 La terminología y los criterios utilizados para definir el método teleológico no se caracterizan, ni por su claridad, ni por su precisión. Buscando esclarecer la situación, Perrin pretende que "conviene, al menos teóricamente, distinguir la *ratio legis*, que es el espíritu en el sentido verdadero, del fin propiamente dicho que es el objetivo general de la política legislativa perseguido por el autor de la ley"[157]. Así, la *ratio legis*, examen atento de los intereses efectuado por el legislador para alcanzar el fin general de la política legislativa, no se confundiría con este último, mucho más amplio.

556 Desde una perspectiva semejante, la Corte Suprema ha afirmado en una de sus decisiones "que la interpretación legal no puede ser simplemente literal, sino teleológica, es decir buscando el fin y el espíritu de la norma, caso contrario se daría lugar y se ampararía la impunidad de muchos ilícitos penales[158]".

557 La manera como han sido regulados los comportamientos delictuosos previstos en los arts. 194 y 405, constituye un buen ejemplo de la finalidad perseguida por el legislador. Mediante el art. 194, busca proteger el bien jurídico patrimonio, evitando que el agente continúe, perpetúe el daño ocasionado por el primer delincuente. En el art. 405, por el contrario, trata de proteger el bien jurídico "buena administración de justicia". El agente actúa para entorpecer la acción de la justicia[159]. La comprensión cabal del significado de las normas, por tanto, es alcanzada teniendo en cuenta el fin perseguido.

---

156 Ross, 1970, p. 142, quien prefiere hablar de interpretación pragmática.

157 Perrin, 1989, p. 249.

158 ES del 27 de noviembre de 1997, Sala Penal, Exp. N° 4574-96.

159 Soler, 1976a, T. V., p. 249.

La problemática referente a los fines de la ley está, en realidad, influenciada por la manera de tratar la dualidad entre la letra y el espíritu. El punto de partida es "que una oposición puede existir entre la 'letra' y el 'espíritu' de la ley, entre el sentido literal y el pensamiento que debía ser expresado". El primero se comprende como el sentido que se confiere a la ley respetando la letra y, el segundo como el sentido que es conforme al espíritu de la regla[160]. 558

El intérprete dispondría así de dos puntos de apoyo: primero, el sentido que se confiere a la ley corresponde al mandato precisado respetando la letra y, segundo, el sentido que es conforme al espíritu de la regla. De esta manera existirían "dos legalidades legítimas"[161]. La regla deducida así por el intérprete está "virtualmente contenida en la ley"[162]. De manera que, en el dominio penal, junto a las incriminaciones expresas (*Gesetzstatbestände*), existirían incriminaciones que se deducen de una "justa interpretación de la ley"; es decir, según el espíritu de la disposición (*Auslegungstatbestände*)[163]. 559

Los inconvenientes de este tratamiento comienzan con la marcada ambigüedad propia al término espíritu y aumentan porque se habla también del espíritu del legislador o del espíritu de la época en que la ley fue establecida o es aplicada. 560

Estas imprecisiones, que hacen dudar de una noción tan manida como la del "espíritu de la ley", ocultan, en buena parte, por un lado, los problemas relativos en general al derecho, a la actividad de los juristas y a la significación de sus funciones; y, por otro, cuestiones más concretas relacionadas con la interpretación y el método teleológico. Entre estas últimas hay que considerar, por ejemplo, la referente a los límites de la interpretación y la concerniente a la jerarquía de sus métodos. 561

El espíritu de la ley, comprendido como el "sentido verdadero conforme a la lógica interna y al fin de la disposición en cuestión", es aquel que corresponde implícitamente al contenido de la norma y resulta siempre de la interpretación. Es decir, el sentido obtenido, luego de ordenar y precisar 562

160 En teología, se distingue, de un lado, la exégesis -interpretación estricta y literal del texto bíblico- y de otro lado, la hermenéutica -búsqueda de la verdad espiritual oculta en el texto-; Cfr. Twining/Miers, p. 225. Sobre el origen de esta pareja dicotómica, Cfr. Luzzati, 1990, p. 202 ss.

161 Perrin, 1989, p. 246.

162 Graven, 1989, p. 154.

163 Hurtado Pozo, 1987, p. 37.

los datos proporcionados por el significado literal del texto, no puede, por tanto, ser concebido como un elemento diferenciado del resultado de la interpretación y es siempre un elemento variable[164]. En la práctica, se recurre, con frecuencia, al espíritu de la ley cuando se considera que la solución o las soluciones planteadas, son inadecuadas o que conducirían a resultados absurdos o inaceptables socialmente.

5. Jerarquía de los métodos

563 Según la manera tradicional de comprender la interpretación y de presentar sus métodos, podría pensarse que se trata de un procedimiento, constituido en etapas diferenciadas, que conduciría de modo lógico y seguro al descubrimiento del verdadero sentido de la ley.

564 Esta percepción no es correcta en la medida en que el recurso a los criterios de interpretación no implica seguir un orden de prioridad determinado. Una jerarquía previa y rígida es excluida porque la aplicación de dichos criterios depende de las circunstancias particulares del caso concreto. El hecho de dar la prioridad a uno de ellos en detrimento de los demás, supone tomar partido por una ideología determinada[165]. Quien cree que la finalidad de la interpretación es la búsqueda de la voluntad del legislador, preferirá el método histórico. Por el contrario, quien estima que el fin de la interpretación es el de precisar el sentido objetivo de la regla, privilegiará el método teleológico. Así, entre los penalistas, quienes parten de la idea de que la finalidad del derecho penal es la protección de bienes jurídicos, afirman con frecuencia que su interpretación propia es la teleológica. Todas las demás no serían sino medios auxiliares[166].

565 El intérprete debe recurrir a todos los medios que le permitan escoger, entre los posibles sentidos que puedan adscribirse al texto legal, el que le parezca más conforme al caso a resolver. Este resultado no es el único "verdadero sentido de la ley", culminación inevitable de la interpretación. Los cambios de jurisprudencia prueban la inexactitud de esta concepción, a pesar de que los interesados afirman que se limitan a deducir el "verdadero sentido". Sin embargo, éste no es "verdadero" sino en relación al contexto jurídico y axiológico en el que la ley es aplicada.

---

164 Luzzati, 1990, p. 248.

165 Zäch, 1977, p. 333.

166 García Cavero, 2008. p. 18 ss.; Rudolphi/Horn/Samson, 1973, § 1 N° 34.

VII. Interpretación declarativa, restrictiva o extensiva

Según sea el resultado obtenido mediante el proceso de interpretación, se distingue entre las denominadas interpretaciones declarativa, restrictiva y extensiva[167]. Se afirma que la interpretación declarativa explica el texto de la ley, tanto cuando es claro como cuando es oscuro y ambiguo; pero, sobre todo, en este último caso[168]. Se dice que esta interpretación, entre los varios significados de la expresión, precisa aquel que responde exactamente a la voluntad de la ley[169]. De esta manera, no se tiene en cuenta que en esto consiste -precisamente- la tarea de la interpretación en general. Es, por tanto, artificiosa la creación de esta "clase" de interpretación. Esto resulta aún más evidente cuando se sostiene que la interpretación debe ser sólo declarativa, "limitarse a declarar el verdadero sentido del texto a aplicar y en todo su sentido, sin quitar ni agregar nada. Para esto, ella debe ser al mismo tiempo gramatical y lógica -y así mismo teleológica e histórica- en tanto que traduce exactamente el texto legal, y al mismo tiempo remite a la razón de la ley, a su fin y si es necesario a su origen para esclarecer su pensamiento y verificar la aplicación al caso particular"[170]. Desde la perspectiva que hemos adoptado, resulta evidente que es superfluo concebir en este sentido el proceso de interpretación. 566

Si el fondo del planteamiento concierne a la naturaleza, el fin y los límites de la interpretación, el criterio utilizado para distinguir entre la interpretación restrictiva y la interpretación extensiva no constituye la mejor manera de abordar esta problemática. El carácter artificial de la distinción se comprende fácilmente cuando se reflexiona sobre la manera tradicional como ha sido practicado. Los autores están, en gran mayoría, de acuerdo en definir la interpretación restrictiva como la que "ofrece como resultado restringir el significado de las palabras de la ley, cuando éstas expresan más de lo que el legislador quiso"[171]. En cuanto a la interpretación extensiva, afirman que "tiene por resultado extender el natural significado de las palabras de la ley, cuando éstas expresan menos de lo que el legislador quiso decir"[172]. Así, se ha considerado que el límite a tener en cuenta es el texto legal. Cuando 567

167 Engisch, 1967, p. 129 ss.

168 Castán Tobeñas 1947, p. 259.

169 Bramont Arias, 1950, p. 98.

170 Graven Jean, 1951, p. 411; Logoz/Sandoz, 1976, art. 1 N° 4.

171 Castán Tobeñas, p. 260.

172 Castán Tobeñas, p. 261.

el intérprete no lo sobrepasa, se dice que es restrictiva y, por el contrario, se habla de extensiva cuando va más allá del texto. Esta manera de percibir la interpretación implica que existan dos factores seguros entre los cuales se hace la comparación. Por un lado, el significado de las palabras legales; y, por otro, lo que el legislador quiso decir. Pero como lo hemos indicado antes, el texto, punto de referencia escogido, no es un límite neto y seguro. No es siempre en sí claro y preciso. Se trata más bien de un elemento variable y ambiguo que necesita ser determinado y éste es precisamente el papel de la interpretación[173]. Con relación a la voluntad, diremos que no se puede saber lo que "quiso decir el legislador" sino a través de ciertas manifestaciones externas: exposición de motivos, actas de las comisiones, proyectos anteriores y, sobre todo, el mismo texto de la norma a interpretar. Al pretender oponer la "voluntad del legislador" al "significado de las palabras", se concibe aquella como algo que es posible detectar sin consultar las palabras legales. Se reincide, de esta manera, en la tentativa de contraponer intención y comunicación. Esta pretensión es artificiosa[174]. Resulta aún más evidente en autores como Jiménez de Asúa, que oponen "alcances de las palabras legales" y "espíritu y voluntad del texto"[175].

568 El reconocimiento de que el lenguaje es impreciso no permite, sin embargo, negar la realidad de la disposición legal. Puesto que desde el momento en que una regla estatuida posee, como tal, un valor apremiante e indisoluble, el juez -aun cuando aporta un elemento creador de derecho- está sometido a la ley como cualquier persona[176]. Esto es, a pesar de que el texto sea impreciso, ofrece el punto de partida y el marco que el intérprete no puede ignorar. De acuerdo con la peculiaridad del lenguaje y si se desea seguir practicando esta distinción, sería preferible denominar interpretación restrictiva la que "limita el significado de una expresión estrictamente al núcleo de la representación" e interpretación extensiva la que comprende "hasta el límite del sentido literal posible, hasta el 'sector marginal'"[177]. Se puede calificar de restrictiva la interpretación que reconoce como sentido de la ley el núcleo de su significación; y extensiva, la que comprende además los casos situados en la zona marginal de dicho

173 Larenz, 1980, p. 272.

174 Castán Tobeñas, p. 255.

175 Jiménez de Asúa, 1959, p. 116 ss. Cfr. Bramont Arias, 1950, p. 94 ss., quien sigue fielmente a Jiménez de Asúa.

176 Gadamer, p. 352.

177 En contra Castán Tobeñas, 1947, p. 259.

núcleo. De modo que el intérprete permanece ya sea en los límites del núcleo que comprende las situaciones típicas (interpretación restrictiva) o va más allá para tomar en consideración las "situaciones límites" mediante la determinación semántica necesaria (interpretación extensiva). Por ejemplo, si se atribuye al término "matrimonio" empleado en el art. 139, el sólo sentido de "matrimonio civil" estaríamos ante una interpretación restrictiva; por el contrario, si se comprendiera como "matrimonio civil y religioso", sería extensiva.

569 Como la decisión del intérprete no es del todo ajena al contexto, tanto jurídico como social, en el que determina el sentido de la norma, el problema consiste en saber cómo se concibe la interpretación y el papel que juega quien la hace. Si la interpretación no es considerada como un procedimiento rígido que culmina siempre en un resultado único (el verdadero sentido), hay que reconocer que el intérprete dispone de un margen de libertad, dentro del cual puede inclinarse en favor de uno de los sentidos posibles del texto legal y escoger tanto los argumentos a invocar, como la manera de presentarlos. El intérprete participa así directamente en la creación del derecho.

570 Desde esta perspectiva, el intérprete precisa, atribuyéndole un sentido, los alcances del texto legal en la medida en que el legislador no logra hacerlo de manera nítida, en razón de la naturaleza particular del medio (lenguaje) que debe utilizar para comunicar sus mandatos. Empero, esto no significa que goce de una libertad absoluta. En primer lugar, los casos límites en que se presenta este dilema de manera aguda son poco numerosos. En segundo lugar, su decisión debe ser integrada siempre en el orden jurídico en general y considerar, en particular, los logros teóricos y prácticos en el dominio de la interpretación. El intérprete, vinculado a la ley como cualquier otro destinatario, debe reconocer las disposiciones legales y justificar siempre sus decisiones que no pueden ser arbitrarias. Una cierta posibilidad de prever las decisiones judiciales es así asegurada. Como la experiencia enseña "debe existir, al menos en los hechos, una vinculación del juez; pues la jurisprudencia no resuelve, de ninguna manera, los casos de modo versátil y según las reglas que descubre de caso en caso. La 'dirección de la jurisprudencia' puede ser reconocida en su orientación y marcadas sus estaciones"[178].

[178] Hassemer, 1994, p. 83.

VIII. Límites de la interpretación

571 El proceso de interpretación debe desarrollarse respetando los límites del "sentido literal posible" del texto legal. Como lo hemos señalado, éste se extiende hasta el extremo de la zona de penumbra que rodea el núcleo connotativo de la expresión. Dicho límite carece de la nitidez necesaria, la cual permitiría saber cuándo se ha abandonado el marco del texto legal. Esto se debe, vale recordarlo, al hecho de que los límites de extensión del significado de las palabras o de las frases no están predeterminados de manera natural y obvia. Sus alcances están condicionados, sobre todo, por el contexto en el cual son empleadas. De modo que, el significado de una expresión no es el resultado de la adición de los significados parciales de los términos utilizados.

572 A pesar de estas dificultades, en la mayor parte de los casos, se reconoce el marco establecido por el texto legal y dentro del cual debe permanecer la labor interpretativa. Cuando ésta rebasa el sentido literal posible de la expresión o reduce los alcances del núcleo connotativo no puede seguir hablándose de interpretación. Lo primero, se realiza, usualmente, mediante la analogía y, lo segundo, a través de la reducción teleológica.

1. Analogía

573 En el Código, se incorporó expresamente la prohibición de la analogía. Según el art. II: "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". Esta disposición está basada en uno de los principios de la administración de justicia estatuidos en el art. 139 Const. En su inc. 9, se dispone la "inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos"[179]. Estas declaraciones sólo son una confirmación de lo establecido mediante el principio de legalidad, previsto tanto en la Constitución como en el Código. Esto explica por qué las leyes penales no contienen con frecuencia disposiciones sobre la analogía. Sin embargo y sobrepasando los límites establecidos en la Constitución, en el NCPP, se extiende la prohibición a la interpretación extensiva. Así, en el art. VII, inc. 3, del NCPP, se estatuye que la ley "que coacte la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas, así como la que limite un poder conferido a las partes o establezca sancio-

[179] STC del 03 de enero de 2003, Exp. N° 010-2002-AI/TC LIMA, F.J. 71.

nes procesales, será interpretada restrictivamente. La interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos". Además, en el inc. 4, se dispone que "en caso de duda insalvable sobre la ley aplicable debe estarse a lo más favorable al reo". Todo esto pone en evidencia que no se ha comprendido en qué consiste la interpretación y tampoco el papel del criterio de la duda favorable al momento de aplicarse la ley.

Ahora bien, en este contexto, hay que recordar que toda disposición legal 574
constituye un esquema, un tipo abierto, no una descripción precisa y cerrada y que, por lo tanto, su aplicación implica que sea precisada en relación con el caso *sub iudice*. Esto se efectúa con más facilidad en los casos comprendidos en el núcleo de significación del texto, que en los abarcados en la zona marginal o de penumbra. Estos últimos son comparados con los casos típicos y la posibilidad de aplicarles la misma disposición está condicionada por la existencia de caracteres similares comunes. En consecuencia la adecuación del hecho a la norma (tipo legal) no puede ser comprendida como la correspondencia material del hecho al "molde legal" (plena identidad). Se trata más bien de un juicio de apreciación analógica, pues, basta sólo cierto grado de coincidencia para admitir la correspondencia. Esta similitud no sólo es de orden lógico o material. Se trata, sobre todo, de constatar la equivalencia a nivel normativo[180]: juicio de valor que justifica someter el caso en cuestión al imperio de la norma aplicable al otro caso. Este razonamiento por analogía es propio de la interpretación. Constituye uno de sus medios y es en particular evidente si se piensa en los casos de "interpretación extensiva". Desde este punto de vista, se puede afirmar que el hecho de prohibir la analogía implica la prohibición de la interpretación.

El texto legal en sí no puede servir para distinguir la analogía de la interpre- 575
tación (más precisamente de la interpretación extensiva). Tampoco puede serlo el procedimiento o el medio utilizado. Entre lo que se denomina interpretación (extensiva) y lo que se llama analogía sólo existe una diferencia de graduación: el problema reside en determinar si la regla prevé o no el caso concreto. La respuesta hay que buscarla en la manera como se recurre al razonamiento por analogía. En la medida en que éste sea utilizado para determinar -mediante el juicio de valor propio al razonamiento analógico-

[180] Larenz, 1980, p. 256; Bacigalupo, Arts. 1-4, en Conde-Pumpido/López Barja de Quiroga, 2007, p. 17 ss.; Cortés, en Cobo del Rosal y otros, 1999, p. 94 ss.; Rodríguez, en Cobo del Rosal y otros, 1999, p. 158 ss.

que el caso concreto reúne las características señaladas por el tipo legal, estamos aún en el campo de la "interpretación". Por el contrario, se trata de "analogía" si la aplicación de la regla a un caso que escapa a su campo de aplicación se hace con arreglo a la similitud de este caso con otro al que es aplicable la regla en cuestión.

576 Como lo hemos visto al estudiar el principio de legalidad[181], la analogía está prohibida en derecho penal, en la medida en que se le emplee para fundamentar la represión de un comportamiento mediante la creación de un nuevo tipo legal o la ampliación de uno existente. Por el contrario, el razonamiento analógico que restringe el poder punitivo está permitido[182].

577 A pesar de estas explicaciones, no se logra despejar la duda sobre los esfuerzos hechos para distinguir la interpretación extensiva de la analogía. Los criterios utilizados se basan en elementos metajurídicos o políticos e ideológicos y no en convincentes razones teóricas. Pero esto no significa que el intérprete (en particular, el juez) obre necesariamente de manera arbitraria. La ley, no está demás reiterarlo, no es sólo una especie de proposición (de diversas soluciones) que el intérprete pueda ignorar a su antojo[183]. La aplicación de la ley se hace en un contexto determinado por el conjunto de normas legales, principios jurídicos y criterios establecidos por la jurisprudencia.

578 En las decisiones de los tribunales, se recurre a la prohibición de la analogía para excluir la aplicación de alguna disposición legal. Sin embargo, por la manera como están redactadas, no es posible siempre apreciar la justeza del argumento. Así, debido a que no se relata[184] en qué consistió el comportamiento del procesado, resulta imposible saber por qué no se aplica el art. 198, inc. 8, a un procesado según el art. 246, inc. 5, del CP de 1924. En esta última disposición, se reprimía a quien "cometiere fraude en perjuicio de alguna administración pública". El art. 198, inc. 8, del código actual, incrimina como fraude en la administración de una persona jurídica el hecho de "usar en provecho propio, o de otro, el patrimonio de la persona". Si se piensa en el fraude a la administración pública es debido a que, en la misma sentencia, se considera que no puede reprimirse al procesado por peculado debido a que no es considerado funcionario o servidor público. Esto último

181 Cfr. *supra* N° 573 ss.; Velásquez, 2010, p. 89; Pagliaro, 2000, p. 81 ss.

182 Marinucci/Dolcini, 2006, p. 51 ss.

183 Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2000, p. 110.

184 ES del 12 de agosto de 1994, Sala Penal, Exp. N° 1688-94, en Rojas, 1999a, p. 79.

como consecuencia de que se afirma que el pf. 2 del art. 40 Const. derogó el inc. 5 del art. 485, en el que se reconoce esa calidad a los empleados de las empresas estatales o de economía mixta. Si se conociera qué acto cometió el agente podría analizarse si era correcto, por ejemplo, afirmar que había incurrido en el delito de fraude a la administración pública conforme al art. 246, inc. 5, del CP de 1924, pero que no podía sancionársele porque en el nuevo Código no se había conservado esa disposición. Por último, que tampoco le era aplicable el art. 198, inc. 8, del nuevo código a pesar de haber cometido un acto similar al incriminado en esta disposición debido a que no constituye el acto que ésta prevé. Es determinante la similitud del comportamiento ejecutado y del previsto en la disposición legal que trata de aplicarse. Es equívoco afirmar, como lo hacen los jueces en la sentencia comentada, que "dicho supuesto delictivo [art. 246, inc. 5 del CP de 1924] ha sido descriminalizado en el Código vigente, y no [es] posible asimilar dicho supuesto con el previsto en el art. 198, inc. 8, por estar prohibida la aplicación de la ley penal por analogía".

579 Tampoco resulta clara la aplicación de la prohibición de la analogía en el supuesto que trata de una Fiscal Provincial de Lima que "permitía la injerencia de su esposo en asuntos propios de su despacho, como también su activa participación durante el turno y post-turno ocurrido entre el quince y el veintisiete de mayo de mil novecientos noventicinco, a lo que se agrega su presencia en el despacho mientras la señora Fiscal atendía al público, y el acceso, revisión y calificación de expedientes y denuncias en giro"[185]. En la denuncia fiscal para que se abriera instrucción penal, la conducta de la Fiscal fue calificada "de complicidad en la comisión del delito de usurpación presuntamente cometido por su cónyuge" y, además, se le imputó "la comisión del delito de Abuso de Autoridad". En la sentencia en que se decidió el no a lugar a abrir instrucción, se afirmó que de conformidad con el art. III "no es permitida la analogía para calificar un hecho como delito o falta, en consecuencia, no apareciendo de la denuncia fiscal antes glosada imputación concreta contra la denunciada por omisión, rechazamiento o retardo de algún acto de su cargo, no puede analógicamente imputársele a título de abuso de autoridad los hechos que en la mencionada denuncia se imputan como complicidad en usurpación de funciones, menos aún si no se ha señalado cual acto de función omitió, rehusó o retardó, por tales razones". De esta confusa argumentación parece deducirse, más bien, que se trata de un problema de insuficiente determinación de los hechos que deberían ser calificados como típicos.

[185] Exp. N° 8741-97, Lima, del 13 de noviembre de 1998, en Rojas/Infantes, 2001, p. 47.

580 Por el contrario, el recurso a la prohibición de la analogía resulta en parte claro en el caso en el que se aprecia el carácter delictuoso del hecho, cometido por los directivos de una empresa comercial destinada a prestar dinero o captar recursos, sólo de sus socios accionistas. El asunto es saber si estas personas incurren en el delito de intermediación financiera, previsto en el art. 246. La cuestión es determinar si la condición fijada en esta disposición, de que el agente haya captado de manera "habitual recursos del público" sea realizada cuando sólo hubiera obtenido dinero de sus "socios accionistas". El Tribunal Correccional que conoció esta causa[186] afirmó que debido a esta "restricción del universo de prestamistas" se "excluye la noción de 'público' exigible por el tipo penal de intermediación financiera, resultando por lo mismo amparable la excepción de naturaleza de acción en atención a los principios de legalidad y prohibición de aplicación analógica". Aceptado este criterio, resulta posible sostener que aplicar el art. 246 supondría hacerlo debido a que captar recursos de los socios es similar, análogo al hecho de captar recursos del público. Esta última característica se referiría a todas las otras personas aparte del propio agente y, llegado el caso, de los socios de la empresa dedicada a la captación. Sin embargo, otra sería la conclusión si se admitiera que es factible interpretar de manera extensiva la exigencia del tipo legal en el sentido de ampliar el círculo de los prestamistas a toda persona, comprendidos los socios de la empresa.

581 Un ejemplo interesante de la manera cómo se puede ir más allá del "posible sentido literal del texto legal" es el de una Ejecutoria Suprema[187] referente al delito de violación. Aunque relativo a la aplicación del Código derogado, conserva cierta vigencia porque este delito está también previsto en el Código. El caso juzgado trata del siguiente comportamiento: Juan, mayor de edad, con "el pretexto del juego entre hermanos", venció la resistencia de su hermana de 17 años y le hizo sufrir el acto sexual[188]. El fiscal consideró, en primer lugar, que es "preciso hacer notar que el Tribunal correccional sentenciador discurriendo sobre conceptos estrictamente legalistas, apoyando su decisión sobre la falta de un requisito legal, ha otorgado su absolución al acusado convicto y confeso, lo que constituye un grave error que es urgente enmendar". Luego niega -con razón- que se trate de un delito de seducción, teniendo en cuenta la relación de parentesco existente entre

186 Sentencia del 17 de marzo de 1998, Corte Superior de Lima, Exp. N° 5339-97B, en Rojas/Infantes, 2001, p. 47.

187 ES del 6 de abril de 1964, en AJ 1964, p. 272.

188 Antes del DL N° 20583, del 9 de abril de 1974, la víctima del delito de violación debía ser mayor de 16 años, actualmente el límite es de 14 años.

ofensor y víctima[189]. Por el contrario, afirma que debe aplicarse el art. 196 (CP de 1924) que sanciona a quien haga sufrir el acto sexual a una mujer (fuera de matrimonio), empleando violencia o amenaza grave. Los argumentos que expuso son:

1. Que teniendo en cuenta el grado de educación del autor, "no puede exigirse que haya mediado violencia física, para la comisión de los hechos instruidos, sino que, probada como está la estrecha relación familiar entre acusado y agraviada, tiene que darse por establecido que, el acusado, abusando de su calidad de hermano mayor de la ofendida, venció su resistencia física y moral y la sometió...".
2. El absolver al acusado, "establece un funesto precedente, porque de seguirse apreciando así estos hechos, importaría hacer ambiente para que los delitos incestuosos queden también impunes, y esto no puede ser...".
3. El "hecho cometido [...] no sólo es contrario a la moral, sino que es un acto manifiestamente punible, porque va contra las bases sustanciales de nuestra organización, jurídicamente organizada".

La cuestión consiste en determinar qué se debe entender por "violencia". 582
Para este efecto, hay que tener en cuenta el contexto en que es utilizada esta palabra. El art. 196 del CP de 1924 dice: "el que por violencia o grave amenaza" (igual que el art. 170 del Código) obliga a "una mujer a sufrir el acto sexual fuera de matrimonio" (en el artículo vigente, la víctima es una persona y el comportamiento la práctica del acto sexual u otro acto análogo). Es evidente que con el término violencia, se hace referencia al empleo de la fuerza bruta con el fin de vencer la resistencia de la mujer. Cabría preguntarse, si también se refiere al empleo de la fuerza moral (*vis compulsiva*), Pero, es dudoso que abarque los casos de abuso de autoridad o del ascendiente que se tiene sobre la víctima. En el contexto del art. 196 CP de 1924 (art. 170) no se puede responder afirmativamente a la pregunta de si el término violencia comprende el empleo de la fuerza moral. Precisamente, porque a ella se refiere la palabra amenaza, utilizada en el mismo texto. Ahora bien, si la amenaza no es aludida mediante la palabra violencia, menos lo será "el abuso del ascendiente que se tiene sobre una persona".

189 El DL N° 20583, del 9 de abril de 1974, modifica el art. 201 en cuanto a la edad y a la agravante. Esta última consiste en la existencia de una relación especial entre el agente y la víctima; por ejemplo, familiar. De modo que el legislador parece admitir que es posible que el padre seduzca a su hija.

583 Del primer argumento del fiscal, podría pensarse que se trata de una interpretación extensiva. Sin embargo, es evidente que no se puede admitir que el hecho, de que el hermano mayor, mediante el abuso de su ascendiente sobre su hermana, venza la resistencia de ésta pueda ser comprendido dentro del posible sentido literal del texto legal. Sólo desnaturalizando el lenguaje e ignorando el contexto en que aparece la expresión, podría afirmarse que el acusado ha ejercido "violencia".

584 Estamos ante un caso más de como se utiliza el razonamiento analógico. El juzgador consideró, primero, que la violación (acto descrito en la ley) y el incesto (no previsto como delito independiente en nuestra legislación) debían ser reprimidos por ser actos que van "contra las bases sustanciales de nuestra organización, jurídicamente organizada" y "no pueden permanecer impunes". En segundo lugar, que la situación de hecho era semejante; en ambos casos se trataba de un acto sexual cometido contra la voluntad de la víctima. La diferencia radica en que para la violación se requiere violencia o grave amenaza, elemento que no se presentó en el caso juzgado. De esta manera, se aplica una disposición legal a un caso no previsto en ella, valorando material y normativamente en el sentido de que se trata de casos análogos. Esto constituye una violación al principio de legalidad.

2. Reducción teleológica

585 La denominada reducción teleológica, en la medida en que no contradice el principio de legalidad, no está excluida del derecho penal. Se trata de un procedimiento que, en razón de criterios fundamentalmente de valor, restringe el ámbito de aplicación de la norma jurídica en relación con casos que están comprendidos, sin mayor duda, en su núcleo connotativo.

§ 6 Aplicación de la ley penal en el espacio

I. Derecho penal internacional. 1. Introducción 2. Función 3. Poder represivo, jurisdicción, competencia. 4. Derecho penal material o derecho procesal penal. 5. Principios del derecho penal internacional. 6. Legislación nacional. II. Principio de territorialidad. 1. Fuentes y límites. 2. Territorio. 3. Lugar de comisión de la infracción a. Diferentes teorías. b. Solución legal y su interpretación c. Misiones diplomáticas. d. Principio de matrícula o del pabellón e. Actos de participación III. Principio de competencia real. IV. Principio de personalidad activa. 1. Noción y justificación 2. Agente nacional. 3. Identidad de normas. 4. Entrar en la República. 5. Factibilidad de extradición V. Principio de personalidad pasiva. VI. Principio de competencia universal. VII. Principio de administración de justicia por representación VIII. Extradición. 1. Noción y clases. 2. Principios. 3. Etapas de procedimiento. 4. Formas especiales de extradición. a. Condicionada o restringida. b. Anticipada. c. Diferida o temporal. d. Concurrencia de extradiciones. e. Reextradición. 5. Improcedencia. 6. Revocatoria. 7. Regulación legislativa. IX. Aplicación de la ley penal extranjera. X. Aplicación de sentencias extranjeras. XI. Caso de funcionario o empleado nacional que delinca en el extranjero. XII. Excepciones estatuidas en el art. 4.

I. Derecho penal internacional

1. Introducción

Los progresos de los medios de comunicación han estechado las relaciones entre los pueblos y los Estados[190]. Las distancias se han acortado y el desplazamiento tanto de personas como de cosas se ha ampliado e intensificado. Con frecuencia, los actos efectuados en un país están relacionados con otro debido a un factor personal o material. Los comportamientos adquieren una dimensión internacional, por lo que los Estados concernidos pueden estimarse interesados y competentes para reprimir a los responsables[191]. 586

De manera soberana y considerando el aspecto foráneo del acto, cada Estado determina bajo que condiciones someterá al responsable a su poder punitivo. Con este objeto, recurre a los criterios denominados de conexión o relación (*Anknüpfungspunkte*). El conjunto de normas (arts. 1 al 5) en los que están regulados constituye el llamado derecho penal internacional (*internationales Strafrecht*). 587

2. Función

Esta última denominación no es del todo exacta[192], puesto que las reglas en cuestión no son normas convencionales o consuetudinarias relativas a las relaciones entre Estados[193]. Son más bien normas de derecho penal interno[194], estatuidas por cada Estado en virtud de su *ius puniendi*, sea teniendo 588

---

190 SCHULTZ, 1963a, p. 305.

191 HUET/KOERING-JOULIN, 1994, p. 24.

192 SCHULTZ, 1953, p. 31; HAFTER, 1946, p. 48; OEHLER, 1983, p. 1; ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, Vorbem. §§ 3-7 N° 1; JESCHECK, 1965a, p. 76 ss.; FIERRO, 1977, p. 3 y 7.

193 SCHULTZ, 1967a, p. 307.

194 Cfr. LOMBOIS, 1979, p. 13 ss., propone llamarlo "derecho penal extranacional"; Cfr. también SCHULTZ, 1982 I, p. 101; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 18 I N° 1.

en cuenta el aspecto del acto que lo vincula con el extranjero, sea de acuerdo con una convención internacional.

589 Por el contrario, el llamado derecho internacional penal (*Völkerstrafrecht, materielles internatonales Strafrecht*) está conformado por las disposiciones que reprimen las violaciones al orden público internacional o al derecho de gentes (crímenes contra la humanidad, crímenes contra la paz, crímenes de guerra)[195].

590 En las reglas del derecho internacional penal, se prevé en que casos la ley penal nacional es aplicable. En este punto, tienen la función de fundamento del derecho punitivo del Estado (*strafgwaltbegründende Funktion*), el cual amplía, de esta manera, su poder coactivo previendo que su derecho penal también se aplicará a delitos cometidos fuera de sus fronteras (*Ausdehnung der Strafgewalt*). Sin embargo, no se debe sobrestimar este aspecto, ya que el Estado sólo es soberano sobre su territorio.

591 En derecho internacional no hay normas que regulen los límites de la soberanía de los Estados en materia penal. La delimitación se determina a través de las decisiones que cada uno de éstos, en función de su poder discrecional, establece respecto a la extensión del ámbito de aplicación de su derecho penal. Las normas que dictan, por lo tanto, fijan sólo de manera indirecta "el límite del dominio de los derechos penales de los demás países"[196].

592 Este poder no es absoluto, en la medida que debe respetarse la regla del derecho internacional que prohíbe el abuso de derecho (*Verbot des Rechtsmissbrauches*) y, así mismo, sólo tomar en consideración los hechos sobre los cuales se tiene un interés legítimo para intervenir judicialmente[197].

593 Los jueces cuando aplican su derecho penal nacional sólo se limitan a concretar la soberanía del Estado. En algunas ocasiones, sin embargo, el legislador les ordena tener en cuenta el derecho penal foráneo. Por ejemplo, cuando admite la aplicación de la *lex mitior*. De este modo, las normas del

---

195 Merle/Vitu, 1997, N° 287; Pradel, 2003 N° 52.; Cfr. Huet/Koenig-Joulin, 1994, p. 25 ss. No se gana en precisión buscando una noción general que comprenda el derecho penal internacional y el derecho internacional penal. Otorgar a la primera denominación un sentido amplio y otro restrictivo no es satisfactorio, ver Triffterer, 1985, p. 1484.

196 Schultz, 1960a, N° 1208, p. 2.

197 Jescheck/Weigend, 1996, § 18 I N° 1.

derecho penal internacional tienen el papel de límite (*Kollisionsrecht*)[198] y la función de establecer qué derecho penal se aplica en el caso concreto (*Strafanwendungsrecht*).

Sin embargo, las reglas del derecho penal internacional no están destinadas, sobre todo, a solucionar conflictos entre las leyes promulgadas por los diversos Estados. Constituyen, más bien, el fundamento del ejercicio de su poder punitivo. A pesar de la similitud de la denominación, el derecho penal internacional es en substancia distinto al derecho internacional privado[199]. 594

El fin principal es el de excluir la impunidad de los responsables de comportamientos delictuosos. Con este fin, da poca importancia al hecho que puedan multiplicarse los conflictos positivos de competencia. Tanto mejor si dos o más Estados pretenden ejercer su poder punitivo respecto a un caso particular (*kollisionsbegründende Normen*)[200]. 595

La amplitud y frecuencia de estos conflictos de competencia positivos están condicionados por los criterios empleados por el legislador. Así, éste puede optar por organizar la lucha contra la criminalidad sobre la base de una cooperación estrecha con los otros Estados, en lugar de hacerlo inspirado en la desconfianza respecto a éstos. En este caso, ampliaría el dominio de aplicación de su poder punitivo, mientras que en el primero lo restringiría[201]. Para regular dichos conflictos es indispensable jerarquizar los factores de conexión y las competencias a las que sirven de fundamento. 596

3. Poder represivo, jurisdicción, competencia

Fijar los límites del poder represivo del Estado no es lo mismo que establecer los lindes de su poder jurisdiccional (*Gerichtsbarkeit*). En virtud de este último, el Estado somete a las autoridades judiciales nacionales el procesamiento de un imputado. Estas autoridades, en función de su poder jurisdiccional, base de todo procedimiento penal, aplican o dicen el derecho (*ius dicere*). Por lo general, el poder punitivo y el poder jurisdiccional coinciden ya que cada uno de los Estados trata de hacer valer el primero mediante sus propios órganos judiciales. Sin embargo, en raros casos, el poder 597

198 Schultz, 1963a, p. 307.

199 Cfr. Schultz, 1960a, N° 1208, p. 2.

200 Eser, 1985, p. 1359.

201 Ver Jescheck, 1965a, p. 78, nota 26.

jurisdiccional falta a pesar de que se trate de aplicar la ley penal material (p. ej., en el caso del diplomático extranjero que comete una infracción en el territorio nacional)[202].

598 Así mismo, es indispensable distinguir entre el poder represivo del Estado y la competencia de los órganos judiciales nacionales. Esta competencia implica la aptitud de un órgano judicial para abocarse en exclusiva a un litigio. Los criterios de conexión del derecho penal internacional nada tienen que hacer con los criterios de la delimitación de la competencia *ratione loci* entre los tribunales y que determinan el foro.

4. Derecho penal material y derecho procesal penal

599 Las opiniones doctrinarias divergen respecto a la índole de las normas del derecho penal internacional. El criterio mayoritario sostiene que en general esas normas forman parte del derecho penal material y, por tanto, no al derecho procesal penal[203].

600 En la medida en que dichas normas fijen el dominio de aplicación del poder punitivo del Estado, pueden ser consideradas como normas penales primarias. Sin embargo, tienen un carácter secundario cuando estatuyen si el juez nacional debe aplicar al hecho concreto el derecho nacional en razón de uno de los factores de conexión En ningún caso, por consiguiente, estas normas prescriben a las personas que actúen o se abstengan de obrar de cierta manera. Este papel lo desempeñan las normas penales que individualizan los comportamientos punibles. A estas normas primarias están vinculadas las normas secundarias[204] de aplicación de la ley.

601 En el derecho nacional se ha admitido este criterio, puesto que las normas del derecho penal internacional están previstas en el Código. Pero, carece de importancia la ubicación de dichas medidas en el ordenamiento jurídico, ya que lo que más bien importa es el papel que realmente desempeñan Así, el CdePP contenía también reglas de este tipo, las cuales fueron derogadas al dictarse el actual Código[205]. En el art. 23 del NCPP, respecto a la competencia territorial, se dice: "Si el delito es cometido fuera del territorio nacional y deber ser juzgado en el Perú conforme al Código".

---

202 Jescheck /Weigend, 1996, § 18 I N° 3.

203 Schultz, 1967a, p. 309.

204 Cfr. Hart, 1963, p. 103 ss., en particular p. 105.

205 San Martín Castro, 2003, vol. I, p. 25.

En la legislación extranjera, el dominio espacial de aplicación de ley penal es regulado, ya sea en los códigos penales, en los de procedimientos penales o en las constituciones[206]. Por lo que no faltan autores que consideran preferible reconocer el carácter complejo de las normas que lo regulan[207]. 602

5. Principios del derecho penal internacional

Como hemos señalado con anterioridad, el legislador no puede decidir de manera arbitraria qué casos están sometidos a su poder punitivo. Su decisión será correcta y oportuna en la medida en que tenga en cuenta la existencia de un vínculo entre la situación de hecho y sus legítimos intereses de protección jurídica. En la actualidad, de acuerdo con su soberanía territorial, fijan como criterio básico el principio de territorialidad (*Territorialitätsprinzip*) y lo complementan con otros, fundamentados en cada uno de los factores que vinculan el comportamiento, cometido fuera del territorio nacional, a su Estado[208]. Estos factores de conexión son la nacionalidad de la víctima (Princpio de personalidad pasiva, *Individuallschutzpinzip*), la nacionalidad del autor (principio de personalidad activa, *aktives Personalitätsprinzip*, *Heimatpinzip*), el interés del Estado (principio de competencia real, *Staatsschutzprinzip*), el interés común de los Estados (principio de la competencia universal, *Weltrechtsprinzip*). 603

Algunos de estos criterios (en general, el territorial y el de la competencia real) son utilizados para establecer una competencia principal, mientras que la fundamentada en los demás es calificada de secundaria[209] o subsidiaria. 604

Ambas formas de competencia son originarias y son indispensables para fundamentar una delegación para reprimir los actos cometidos en el extranjero. Ésta consiste en una demanda de las autoridades del Estado en que la infracción ha sido cometida a las autoridades del lugar en el cual se encuentra el autor de la conducta punible, para que sea perseguido y reprimido por el Estado requerido. Éste, al aceptar la solicitud, ayuda al Estado 605

206 Su incorporación en los Códigos procesales se basó en la concepción, preconizada en el siglo XVIII, que sostenía que los códigos penales serían parecidos en todos los países y que las normas que estudiamos deberían determinar sólo la competencia de los jueces. Consultar: Oehler, 1983, p. 30.

207 Zlateric, 1968, p. 22, dice: "es de naturaleza mixta o compleja: material o procesal, lo que tienen de común es que pertenecen al derecho público".

208 Trechsel, 2008, vor Art. 3 N° 1.

209 Schultz, 1967a, p. 311.

requeriente a ejercer su obligación de castigar al responsable (competencia por representación o, para evitar confusiones terminológicas, competencia por delegación, *stellvertretendes Strafrecht*)[210].

606 Si bien los Estados, como lo señalamos antes, deciden soberanamente sobre los límites de aplicación de sus leyes penales, no debe olvidarse la compleja interrelación económico-política del mundo, que determina la dependencia de los países más débiles de los poderosos, y la influencia que de éstos ejercen en todos los dominios. Muchos casos pueden darse como ejemplo, desde simples desconocimientos de las decisiones judiciales de un Estado[211], hasta los graves cuestionamientos o violaciones de las reglas de derecho internacional y humanitario.

6. Legislación nacional

607 El CP de 1863 no contenía disposición alguna sobre el dominio de aplicación de la ley penal. Fue en el Código de enjuiciamientos en materia penal, en donde figuraron, por primera vez, algunas normas al respecto. En los nueve incisos de su art. 2 se enumeraban, de manera desordenada, los casos que estaban "sujetos a la jurisdicción criminal de la Nación". En el inc. 1, se consagraba el principio territorial; en los incs. 4 y 5, se regulaba el caso de delitos cometidos en naves nacionales; en los incs. 3, 6 y 7, preveía el principio real o de defensa; en el inc. 8, el principio personal; en el inc. 9, el principio universal y, en el inc. 2, el caso de diplomáticos nacionales que en el ejercicio de sus funciones delinquieran en el extranjero. Además, se

---

210 Schultz, 1967a, p. 325 ss.; Colombini, 1983, p. 52 ss.; Markees, 1986, p. 6 ss.; Bouzat/Pinatel, 1970, II, p. 1627; Cfr. ATF 118 IV 305/JdT 1995 IV 66.

211 Se ha citado con frecuencia el llamado Caso Cutting. En 1886 Cutting, ciudadano norteamericano hizo publicar en un periódico de Texas (EE.UU.) un artículo difamatorio en agravio del mexicano Emigio Medina. Encontrándose tiempo después en la Ciudad Paso del Norte (México), fue detenido y condenado a un año de prisión. El enjuiciamiento y la condenación de Cutting tuvieron lugar conforme al art. 198 del Código Penal mexicano, que estatuye el principio denominado de personalidad pasiva (una forma de principio real o de defensa). El gobierno norteamericano protestó no sólo porque el tribunal juzgador no ofrecía - en su opinión - todas las garantías necesarias, sino también "porque la pretensión de las autoridades mexicanas atentaba contra los derechos de los EE.UU de establecer su competencia penal según el lugar de ejecución del delito y la nacionalidad del delincuente". El incidente terminó con la sumisión de las autoridades mexicanas, lo que constituyó una "capitulación simulada". Cfr. Donnedieu de Vabres, 1928, p. 107 ss. Cfr. Oehler, 1983, p. 420. Casos más graves se han continuado presentando sobre todo debido al desarrollo de delitos internacionales y de los medios con los que se les combate.

señalaban, en el art. 9, algunas circunstancias en que "cesa la jurisdicción nacional" y, en el art. 7, quienes eran los jueces competentes en el caso de delitos cometidos en país extranjero, alta mar o aguas de ajena jurisdicción. Al elaborar el Código de Procedimientos en Materia Criminal en 1920, nuestro legislador no conservó todas estas disposiciones. En los arts. 9 y 10, se limitó a regular en sentido amplio, el principio real (delito "contra un peruano o contra la seguridad del Estado, falsificación de moneda, billetes o documentos nacionales"); y, señaló de manera diferente las condiciones de represión para estas infracciones.

608 Los arts. 6, 7 y 8 del CdePP de 1940 son semejantes a las disposiciones del Código de 1920, notándose en ellos, con mayor claridad, la influencia francesa[212]. El texto de dichos artículos no estába en completa armonía con lo dispuesto en los arts. 4, 5 y 6 del CP de 1924 y los cuales figuraban en el Proyecto de 1916 (arts. 4, 5 y 6).

609 El principio de territorialidad sigue siendo el pivote sobre el que gira el sistema del derecho penal internacional. Su aplicación general está prevista en el art. 1, salvo las excepciones contenidas en el derecho internacional. En el pf. 2 de esta disposición, recordando la vieja idea de los territorios flotantes, se fijan las condiciones en las que la ley penal nacional también se aplica a los delitos cometidos en naves o aeronaves.

610 Los diversos casos de aplicación de la ley penal nacional a los delitos cometidos en el extranjero son enumerados en los diversos acápites del art. 2. Así, de manera clara, se prevé el principio real o de defensa en el número 3. Con cierta relación a este criterio, se regulan separadamente los casos de atentados contra la seguridad, la tranquilidad pública, de conductas tipificadas como lavados de activos - según la modificación prevista por el DLeg N° 982, del 21 de julio de 2007-, y del funcionario o servidor público que delinque en el desempeño de su cargo. En el inc. 4, se dispone bajo que condiciones se aplica la ley penal nacional cuando el delito es cometido contra un peruano (principio de la personalidad pasiva) o por un peruano (principio de la personalidad activa). Por último, en el art. 5, se regula la competencia asumida por el Estado peruano mediante tratados internacionales.

212 Cfr. Code d'instruction criminelle, arts. 5 y 7.

611 En el art. 3, se dispone que se aplicará la ley penal nacional cuando, por no haber accedido al pedido de extradición el Estado peruano debe reprimir al responsable[213]. La regulación es complementada, primero, mediante el art. 4, en el que se prevén diversas excepciones a la aplicación de la ley peruana, en virtud de los incs. 2, 3, 4 y 5 de la misma disposición Segundo, por el art. 5, en el que se estatuye el principio de la ubicuidad para resolver los problemas relativos a la determinación del lugar donde se reputa cometido el delito.

612 En cuanto al derecho internacional, hay que tener en cuenta, por ejemplo, lo dispuesto en el Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo de 1889[214] y el Tratado de La Habana de 1928 ("Código Bustamante")[215], cuyas disposiciones, a la vez que no concuerdan de manera exacta, entre sí, tampoco corresponden a los principios admitidos en el Código.

613 De modo que en nuestro país hay una multiplicidad de normas sobre el dominio de aplicación de la ley penal. Las reglas estatuidas en los tratados internacionales se aplicarán a todos los casos relacionados con los países contratantes y las normas del Código regirán para los demás. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero. Además, la legislación peruana cuenta con una Ley de aeronáutica Civil que regula qué norma es aplicable a las infracciones cometidas a bordo de aeronaves[216]. El NCPP, Libro Séptimo dedicado a "La Cooperación Judicial Internacional", prevé reglas sobre la extradición, la asistencia judicial internacional, las diligencias en el exterior, el cumplimiento de condenas, la entrega vigilada y la cooperación con la Corte Penal Internacional. Estas disposiciones derogan implícitamente las establecidas por la Ley de Extradición N° 24710)[217].

---

213 Ley N° 24710, del 27 de junio de 1987, a la fecha tácitamente derogada por el NCPP, cuyo Libro VII "La Cooperación Judicial Internacional" se encuentra vigente en todos los distritos judiciales del Estado).

214 Ratificado por Argentina, Bolivia, Ecuador, Paraguay, Uruguay y Perú (RLeg., del 25 de octubre de 1889). El Tratado de 1940, no ha sido ratificado por el Perú. Ver Textos de los Tratados de Montevideo sobre Derecho Internacional Privado, p. 173 ss.

215 Son estados parte: Bolivia, Brasil, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá y Perú (RLeg N° 6462, del 31 de diciembre de 1928).

216 Ley N° 27261, del 10 de mayo de 2000; ya el Código Bustamante se refería a esos casos, no así nuestro Código.

217 Los Tratados de Montevideo y de la Habana (Código Bustamante) también contienen reglas sobre esta institución; el Gobierno peruano ha firmado diversos tratados bilaterales de extradición; así por ejemplo con Bélgica, España, Estados Unidos, Reino Unido, etc.

II. Principio de territorialidad

1. Fuentes y límites

Según el principio de territorialidad, la ley penal se aplica cuando delito ha sido cometido en territorio nacional, sin tener en consideración la nacionalidad del autor o el carácter de los bienes jurídicos lesionados. 614

En el art. 1 del Código vigente, de modo más preciso que en el art. 4 del CP de 1924[218], se establece, expresamente, que: "La ley penal peruana se aplica a todo el que comete un hecho punible en el territorio de la República". De esta manera, se deja de hacer referencia, como sucedía en el código derogado, sólo al hecho de que "será reprimido todo el que cometa una infracción en el territorio de la República..."[219]. 615

El florecimiento del nacionalismo y del Imperio, durante el período 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[220]. 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 estricta de que la justicia penal es territorial. 616

La preeminencia del principio territorial en el derecho inglés, por el contrario, tiene sus raíces en el sistema acusatorio, según el cual el jurado de acusación estaba autorizado para conocer sólo lo que sucedía en su condado[221]. 617

En el derecho europeo y, por lo tanto, en el nuestro, el principio territorial se basa en la soberanía del Estado (*Grundsatz der Gebietshoheit*), una de cuyas expresiones es dictar leyes penales [222]. 618

---

218 Cornejo, 1926, p. 14.

219 El acápite primero del art. 2 del Código de Enjuiciamentos en Materia penal de 1863 estatuía que están sujetos a jurisdicción criminal de la nación "los peruanos y extranjeros que delinquen en el territorio de la República". Tampoco se refería, pues, de manera expresa a que la ley aplicable es la peruana.

220 Cfr. Donnedieu de Vabres, 1928, p. 5; Oehler, 1983, p. 110 ss.; Zlateric, 1968, p. 157.

221 Donnedieu de Vabres, 1928, p. 5 ss.

222 Hart, 1963, p. 31, dice, con razón, que "el sistema jurídico de un Estado moderno se caracteriza por un tipo especial de soberanía e independencia territoriales"; Cfr. Jescheck, 1965a, p. 85.

619 El fundamento jurídico de este principio es, generalmente, de orden procesal, represivo e internacional[223]. Así, se estima que facilita la indagación de las pruebas, permite restaurar en corto plazo el orden público en donde el delito ha sido cometido y hace más eficaz el efecto ejemplarizador de la pena.

620 El primer deber del Estado, mencionado en la Constitución (art. 44, inc. 1), es el de "defender la soberanía nacional". En el dominio penal, el Estado trata de imponer un determinado orden para asegurar la protección de ciertos bienes que considera importantes. La violación de una de sus disposiciones es considerada como una desobediencia a su autoridad y cuya sanción sólo a él corresponde. La aplicación irrestricta de este principio, conduciría a desconocer todo hecho delictuoso cometido fuera del país y a no tener en cuenta los procedentes judiciales extranjeros[224].

2. Territorio

621 La amplitud del dominio de aplicación del principio territorial depende de lo qué se comprenda por "territorio" y de la manera cómo se determine el "lugar de comisión de la infracción".

622 El territorio[225] es, sobre todo, circunscrito mediante normas internacionales. Éstas constituyen la base de las disposiciones de derecho público interno que regulan su extensión En ningún caso, el Estado puede de manera unilateral establecer el ámbito de su dominio geográfico, el mismo que está constituido por la superficie del globo terrestre enmarcada por los límites estatales, el subsuelo, el mar territorial y el espacio aéreo que cubre tanto al suelo como al mar. A este espacio se limita la validez del orden jurídico y fuera de él queda el "extranjero".

623 En el art. 54 Const. se establece que el territorio "comprende el suelo, el subsuelo, el dominio marítimo, y el espacio aéreo que los cubre". Respecto al dominio marítimo se dispone que está constituido por "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". Además, estatuye que el Estado ejerce soberanía y jurisdicción, sin perjui-

223 Donnedieu de Vabres, 1928, p. 11.

224 Donnedieu de Vabres, 1928, p. 12 ss.; en relación con el derecho anglosajón, Cfr. Oehler, 1983, p. 30 ss.

225 Grützner, 1964, p. 16; Kindhäuser, 2006, Vor §§ 3-7, N° 13; Velásquez, 2010, p. 200.; Marinucci/Dolcini, 2006, p. 87 ss.

cio de las libertades de comunicación internacional, sobre su dominio marítimo y sobre el espacio aéreo que cubre su territorio y el mar adyacente, de conformidad con la ley y con los tratados internacionales ratificados.

La expresión territorio de la República del art. 1 debe comprenderse en este sentido amplio. El mismo que ya era supuesto en otras normas legales. Por ejemplo, en el DS N° 781, del 10 de agosto de 1947, referente al mar territorial, se estatuía que "la soberanía y la jurisdicción nacional se ejercerán también sobre el mar adyacente a las costas del territorio nacional..." (art. 28). Con esta última expresión se hacía alusión, sin duda, sólo a la superficie terrestre, a la que también se designaba con el término territorio[226]. Un acto de soberanía nacional es, sin ninguna duda, la aplicación de la ley penal a los actos delictuosos cometidos en embarcaciones que se encuentran en esta zona marítima. 624

El empleo de la expresión dominio marítimo, en lugar de mar territorial, ha sido determinado por razones doctrinales y, en especial, por preocupaciones de política internacional. Esto se evidenció en la discusión que tuvo lugar en torno a la conveniencia o no de que el Perú suscribiera el acta final de la Convención del mar. La respuesta negativa del Gobierno se inspiró en la noción estricta (física y normativa) de mar territorial[227]. 625

La extensión del mar territorial[228] fue señalada por el Estado peruano en 200 millas (art. 3 del DS N° 781). Se ratificó el contenido de este Decreto en la Declaración de la Zona Marítima (Santiago de Chile, 18 de agosto de 1952) y en la que se expusieron los fundamentos económicos y sociales. Esta extensión no es reconocida por todos los países; pero en ella es indispensable que el Estado peruano ejerza soberanía y jurisdicción para "reservar, proteger, conservar y utilizar los recursos y riquezas naturales de toda clase que en o debajo dicho mar se encuentran" (art. 2 del DS antes mencionado)[229]. Los fines específicos que justifican la decisión peruana 626

226 Ley de Aereonáutica Civil N° 15720, del 28 de octubre de 1965 y su reglamento aprobado por DS del 28 de diciembre de 1965.

227 Cfr. Garcia Belaunde, 1984, p. 22.

228 Novak/García-Gorrochano, 2001, p. 202 ss.

229 Sobre mar territorial, consultar: Garcia Belaunde, 1989, p. 159 ss., en particular, p. 178 ss., y los autores citados; Herrera Paulsen, 1970, p. 59; Pareja, 1973, p. 202 ss. En el plano internacional se discute mucho sobre su extensión: La Conferencia Panamericana reunida en Panamá en octubre de 1939, la fijó en 300 millas; la Convención Interamericana de neutralidad, reunida en Río de Janeiro en setiembre de 1941, recomendó que se fijara en 12 millas. Cfr. Garcia Belaunde, 1984, p. 20 ss.

permiten, de otro lado, que admita un criterio distinto en relación con la represión penal. En el Tratado de Montevideo de Derecho penal internacional de 1889, se señalaban cinco millas[230]. La noción de mar territorial de una extensión de 200 millas ha sido reafirmada por el Perú, negándose a suscribir la Convención del mar de 1982, aprobada en la Tercera Conferencia Mundial sobre el Derecho del Mar (1973), en la que se distingue una zona contigua que no debe superar las 24 millas y una zona territorial de 12 millas, además de una zona económica exclusiva hasta las 200 millas. Sobre la tercera se reconoce al Estado ribereño una soberanía modal o funcional (arts. 3, 33 y 57).

627 Respecto a la navegación de naves extranjeras hay que considerar, conforme a la fórmula "salvo las excepciones contenidas en el Derecho Internacional" del art. 1, el denominado "paso inocente". En términos de la Convención del Mar, por ejemplo, se trata del hecho de "atravesar mucho mar sin penetrar en las aguas interiores ni hacer escala" (art. 18, inc. 1, lit. a). El carácter de inocente, según el art. 19 de esta misma Convención, significa que "no sea perjudicial para la paz, el buen orden o la seguridad del Estado ribereño".

628 En cuanto al espacio aéreo, el gobierno peruano declaró, mediante RS del 15 de noviembre de 1921, tener derecho absoluto sobre la parte que cubre su territorio y sus aguas territoriales (Reglamento de la Aviación civil y Comercial. Por Resolución Suprema del 17 de setiembre de 1936, se adhirió a la Convención Internacional de Navegación Aérea de París de 1919 (CINA), renovada en 1929 y 1933, en la que se reconocía tal derecho[231]. En

---

230 El art. 12 de dicho Tratado estatuye que "se declaran aguas territoriales, a los efectos de la jurisdicción penal, las comprendidas en la extensión de 5 millas desde la costa de tierra firme e islas que forman parte del territorio de cada Estado". Esta norma ha sido reproducida en el Tratado de 1940 del cual el Perú es signatario; pero, que aún no ha ratificado.

231 En la Convención de Chicago del 7 de setiembre de 1944, se reafirmó los términos de la Convención de París relativos a la soberanía nacional en el espacio aéreo. En su art. 1, se dice que cada Estado tiene soberanía total y exclusiva en el espacio aéreo situado sobre su territorio. Declaración que es precisada en el art. 2, en el que establece que "se consideran como territorio de un Estado las áreas terrestres y las aguas territoriales subyacentes a ellas que se encuentren bajo soberanía, dominio, protección o mandato de dicho Estado". La Organización de la Aviación Civil Internacional (OACI), creada por dicha Convención, ha propiciado convenios internacionales para reprimir los actos ilícitos que se ejecuten contra la aviación comercial. El "Convenio sobre las Infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de aeronaves", Tokio, 14 de setiembre de 1963, y aprobado por el gobierno mediante DL N° 22092, del 21 de febrero de 1978. El Convenio sobre piratería aérea, La Haya, 1970. El Convenio sobre la sanción de actos de violencia contra la persona cometidos a bordo de aeronaves, Montreal, 1971.

el art. 2 de la Ley de Aeronáutica Civil de 1965, se estatuye claramente que: "La República del Perú ejerce soberanía exclusiva sobre el espacio aéreo que cubre su territorio y aguas jurisdiccionales comprendidas dentro de las 200 millas".

La referencia al espacio aéreo en el Código es indirecta; así, en el art. 1, último párrafo, cuando se alude al "espacio aéreo donde ningún Estado ejerza soberanía" en relación con los delitos cometidos a bordo de aeronaves nacionales privadas, se supone que el Estado ejerce soberanía en el espacio aéreo. En qué consiste el mismo es una cuestión determinada a nivel internacional y declarada en el derecho público interno. Así, con claridad, se dice, en el art. 54 Const. que "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". 629

3. Lugar de comisión de la infracción

Se trata de localizar el delito en el espacio; dicho de otra manera, de fijar el lugar donde se le reputa cometido. Para lo cual es indispensable tener en cuenta la índole de la conducta punible. En el caso del delito formal o de mera actividad (*Tätigkeitsdelikt*), su realización se agota con la acción ilícita (comisión u omisión). No requiere, por lo tanto, de la producción de un resultado diferenciado del comportamiento del agente (p. ej., el secuestro). Por el contrario, el delito material o de resultado (*Erfolgsdelikte*) implica que el autor, mediante su acción, sí lo produzca. Es el caso por ejemplo del homicidio, consistente en atacar a una persona y provocarle la muerte. 630

Respecto al primero, la localización en el espacio se complica cuando el comportamiento del agente se materializa en varios lugares. En otras palabras, cuando los elementos constitutivos del delito se dan en espacios diferentes. Así, cuando el delincuente desplaza a la persona raptada por diversos sitios o si el violador hace sufrir el acto sexual a la víctima en una estancia diferente de donde la puso en incapacidad de resistir. 631

En cuanto al delito material, puede suceder que el lugar donde la víctima fue atacada físicamente a y el lugar donde fallece no coincidan Este caso es el llamado delito a distancia (*Distanzdelikt*) y su localización espacial plantea muchas dificultades. 632

a. Diferentes teorías

633 Mediante diversos criterios, se ha tratado de resolver este problema. Según la teoría de la acción (*Handlungs- oder Tätigkeitstheorie*), se reputa que el delito ha sido cometido en donde el agente la ha ejecutado. En favor de este planteamiento se considera que la voluntad criminal se manifiesta en este sitio y que ahí es donde se pueden hallar con relativa seguridad las pruebas para el juzgamiento del responsable. En oposición a esta concepción, de acuerdo con la teoría del resultado (*Erfolgstheorie*), dicho lugar es donde éste se ha producido. Este factor constituiría el elemento decisivo en la medida en que su realización conlleva la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. Por último, de conformidad con la teoría de la ubicuidad (*Ubiquitätstheorie*), el delito es reputado cometido tanto en donde el agente ha obrado, como en donde el resultado ha tenido lugar. Sin embargo, ninguno de estos criterios ha permitido superar todas las dificultades. El problema reside, sobre todo, en la imprecisión de las expresiones acción y resultado.

634 Para superar dichas dificultades, se han ideado diferentes soluciones, teniendo en cuenta las características específicas de los delitos. Así, considerando que el resultado típico (la muerte en el homicidio) está precedido de un efecto inmediato, primera consecuencia del acto delictuoso que puede ser ya considerado como resultado (la lesión causada por el homicida), se propone que se repute cometido el delito donde se haya producido el efecto inmediato (teoría de la acción a distancia, *Zwischenwirkungstheorie*). También, se ha propuesto que se tenga por lugar de comisión todo sitio donde se hubiera desarrollado el hecho punible; es decir, en donde se realicen total o parcialmente los elementos materiales de la infracción, así como donde se han producido el efecto inmediato o el resultado final (teoría de la ubicuidad absoluta). De modo que basta que el delito concierna de cualquier modo al territorio nacional. Este criterio multiplica necesariamente los conflictos positivos de competencia. Su aplicación irrestricta da lugar a situaciones absurdas, por ejemplo en relación con los llamados delitos de tránsito (*Transitverbrechen*). Así, debería considerarse lugar de comisión del delito de injurias todos y cada uno de los territorios por los cuales transita la carta de agravios remitida desde Pekín a Lima[232].

[232] Cfr. Schultz, 1977 I, p. 103; así mismo en caso de un mensaje por internet que transita por varios país antes de llegar a destino.

b. *Solución legal y su interpretación*

A diferencia del CP de 1924, en el que no se optaba expresamente por uno de los criterios antes expuestos, en el vigente se acepta el principio de la ubicuidad[233]. Según su art. 5, el "lugar de comisión de un delito es aquél en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar o en el que se producen sus efectos". 635

De manera correcta se consideran también los casos de participación delictuosa, aunque si se hubiera omitido la referencia expresa no se hubieran alterado significativamente los alcances de la disposición Por el contrario, constituye una insuficiencia importante el que se haga referencia a los "efectos" del comportamiento, en lugar de limitarse al "resultado". Del texto legal, se deduciría, en consecuencia, que el legislador ha escogido la teoría de la ubicuidad absoluta. Lo que no concuerda con la breve explicación dada en la exposición de motivos. En ésta, se dice que la "novedad consiste aquí en aceptar el criterio de la ubicuidad para determinar el lugar de comisión del delito, pudiendo ser aquel sitio en que se produjo la acción u omisión o el de la manifestación del resultado". Esta diferencia en relación con el texto legal se debe quizás a que la exposición de motivos no fue, en realidad, redactada con referencia al texto definitivo. El texto vigente figura en los Proyectos de 1990 (art. 10) y 1991 (art. 5), mientras que en el art. 3 del Proyecto de octubre de 1984, donde se reguló por primera vez el citado principio, se establecía "así como donde se produjo o debería producirse el resultado". Esta fórmula fue conservada en los Proyectos de 1985 (art. 4) y 1986 (art. 4). Si bien dicha referencia a los "efectos" es confirmada en el art. 2, numeral 2, en la medida en que en esta norma se establece que los atentados contra la seguridad o la tranquilidad pública deben producir "sus efectos en el territorio de la República", resulta más significativo para no admitir el principio de ubicuidad absoluta el hecho de que, al fijar el momento de comisión del delito, se establezca, en el art. 9, que "es aquél en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar, independientemente del momento en que el resultado se produzca". Como en el caso de la localización de la conducta punible, la mención del resultado se hizo también en el Proyecto de 1984. En su art. 6, se considera cometido el delito "en el momento de la acción u omisión, aunque otro sea el del resultado". Por las razones indicadas antes, nos parece que el art. 5 debe ser interpretado en el sentido del principio de ubicuidad restrictiva. 636

[233] García Cavero, 2008. p. 193 ss.; Villavicencio, 2006, p. 194.

637 El factor decisivo es que, al menos, uno de los elementos constitutivos del delito, parcial o totalmente, sea ejecutado en el territorio nacional. Poco importa que se trate de un caso de consumación o de tentativa. Respecto a esta última, se admite también que el delito se debe reputar cometido en el lugar donde, según el plan delictivo, el resultado debería haberse producido.

638 En el caso de omisión propiamente dicha, basta que el agente hubiera dejado en forma parcial de realizar el comportamiento ordenado de manera implícita por el tipo legal en cuestión Sin embargo, no debe comprenderse, mediante una simple interpretación literal del art. 9, que también la omisión es cometida donde produce sus efectos, aun cuando éstos no constituyan elementos del tipo legal del delito de omisión propia. Así, no puede considerarse como lugar de comisión, el sitio donde el menor de edad reside y no recibe la pensión alimenticia de parte de su padre, sino el lugar donde éste omite cumplir con su obligación legal (art. 149). Caso diferente es el de la omisión impropia, en la que mediante su abstención el agente (garante) realiza el tipo legal de un delito material. El lugar de comisión es tanto donde el agente omite obrar, como donde el delito se consuma.

639 Los actos preparatorios y los actos posteriores a la consumación del delito no son considerados, en general, para determinar el lugar de comisión Por ejemplo, en cuanto a la alteración o supresión de la filiación de un menor (art. 145), el fin del agente de alterarla o suprimirla es sólo un elemento subjetivo del tipo legal. En consecuencia, para su consumación, no es indispensable que el delincuente alcance su objetivo. Igualmente, los actos realizados para materializar este fin no son elementos constitutivos de este delito y, por tanto, no pueden ser utilizados para establecer cualquier factor de relación o de conexión

640 Actualmente, debido al desarrollo de la informática, se plantean cuestiones interesantes respecto a la comisión de delitos mediante este medio técnico, en particular por intermedio de internet (p. ej., estafas, amenazas, injurias). A pesar de sus peculiaridades, no hay grandes dificultades en aplicar el principio de territorialidad. Así, debe considerarse como lugar de comisión del delito el sitio donde el agente actúa (p. ej., escribe y envía el mensaje electrónico injurioso) o donde el resultado se produce. Sin embargo, la aplicación del principio de territorialidad en su sentido absoluto produciría el efecto no deseado de considerar como competentes a todos los Estados donde la información ha sido difundida. Para evitar esto, deberían conside-

rarse sólo los casos en los que el resultado típico se ha materializado (p. ej., donde la víctima de una estafa vía internet, se encuentre en el momento de efectuar el acto de disposición patrimonial perjudicial)[234].

c. *Misiones diplomáticas*

Los locales de las misiones diplomáticas de los Estados acreditados eran considerados como territorio extranjero. Así, las parcelas del territorio nacional, ocupadas por éstas, eran tratadas como si fueran territorio del Estado representado ante el gobierno peruano. Esta ficción ya no es aceptada, pues, llevada a sus últimas consecuencias tendría que reconocerse también que el Estado foráneo fuera soberano sobre el subsuelo y el espacio aéreo relativo al territorio ocupado por su misión De acuerdo con el criterio vigente, se estima que es una cuestión concerniente a la aplicación de la ley penal en cuanto a las personas[235]. El derecho nacional es aplicable en principio a los actos delictivos cometidos en los locales de las misiones; pero la competencia de las autoridades nacionales para ejercer su poder coercitivo es suspendida, mientras perdure la inmunidad que se les reconoce. 641

d. *Principio de la matrícula o del pabellón*

También se admitía, tradicionalmente, que las naves o aeronaves constituían una extensión del territorio nacional (teoría de los territorios flotantes)[236]. Esta ficción es, hoy en día, rechazada y siempre fue muy criticada. Su admisión crea mucha confusión; pues, tendría que considerarse -en caso de nave- como territorio nacional la superficie de agua sobre la que navega, también la que la rodea y el espacio aéreo que la cubre. Aun cuando se afirme que la noción de territorio flotante no debe ser comprendida en un sentido naturalista sino jurídico, no deja de ser fuente de dificultades. 642

De lo que se trata es de reconocer que es necesario, debido a los caracteres propios de estos medios de transporte y el desarrollo que han alcanzado, establecer un tratamiento especial para los casos en que se cometan infracciones a bordo. Para lograrlo no es indispensable recurrir a la ficción de los territorios flotantes. Tampoco es correcto pensar que de lo que se trata es de "determinar si el delito se tendrá por cometido en el interior o en el 643

234 Cfr. Schwarzenegger, 2000, p. 124.

235 Cfr. *infra* 918 ss.

236 Maurach/Zipf, § 11 N° 14; Bramont Arias, 1950, p. 154-155.

extranjero"[237]. Lo que interesa más bien es fijar la conveniencia de que la ley penal nacional se aplique o no en tales casos.

644 En el art. 1, segunda parte, lo que hace en realidad el legislador peruano es, primero, reafirmar la regla de que su ley penal se aplica siempre a todos los actos cometidos en su territorio (suelo, mar territorial, espacio aéreo); segundo, admitir la teoría del pabellón[238], para reprimir, en todos los casos, los comportamientos delictivos cometidos a bordo de naves o aeronaves nacionales públicas y, cuando sean efectuados en alta mar a bordo de naves o aeronaves nacionales privadas, a causa de que ningún Estado tiene soberanía sobre esta zona marina porque es "*res nullius*"[239]. Mediante la última regla, el legislador es consecuente con el criterio que le sirve de punto de partida (principio territorial), ya que deja en manos de los otros Estados la represión de las infracciones que se cometan en las naves nacionales que se hallen en las aguas territoriales de éstos. Además, debe tenerse en cuenta que el Estado peruano puede invocar cualquiera de los otros principios (real o de defensa, personalidad activa o pasiva, universal) para reprimir algunas de las infracciones que se cometan en naves o aeronaves nacionales que se hallen en el mar o espacio territorial de otro países.

645 En caso de naves, el reconocimiento de la jurisdicción del Estado ribereño para aplicar su ley a las infracciones cometidas a bordo de naves privadas peruanas que surcan sus aguas territoriales, supone que el Estado peruano se arroga la potestad de aplicar su ley a los responsables de delitos realizados a bordo de naves extranjeras que se encuentran en aguas territoriales del Perú.

646 Este criterio, estatuido también en la legislación vigente, nos parece incorrecto y no conforme a la orientación mayoritaría en la legislación extranjera. No resulta clara la manera de cómo se reafirmaría la soberanía nacional declarando la aplicación de la ley peruana a un crimen de lesiones cometido, a bordo de una nave mercante panameña, por un marinero griego en agravio de un libio. Tampoco es evidente el perjuicio que sufriría la soberanía nacional si no se afirma su competencia para reprimirlo conforme la ley del Perú. Más racional y práctico es limitar la aplicación de la

---

237 Soler, 1976a. T.I., p. 154; su criterio puede ser, tal vez, correcto de acuerdo con las disposiciones de la ley argentina que comenta.

238 Este principio figuraba ya en el art. 8 del Tratado de Montevideo de 1889.

239 Definida en el art. 86 de la Convención del Mar; en el art. 92 se dispone que las naves navegarán bajo pabellón de un solo Estado y en el art. 87, la libertad de navegación en alta mar.

ley nacional a las infracciones, cometidas a bordo de naves extranjeras que se encuentren en aguas peruanas, que por sus consecuencias se relacionan con intereses del país. En la Convención sobre el Derecho del Mar, art. 27, se señalan los casos siguientes: primero, cuando el delito tenga consecuencias en el Estado ribereño; o sea de tal naturaleza que pueda perturbar la paz del país o el buen orden en el mar territorial; segundo, cuando el capitán o un agente diplomático del Estado del pabellón de la aeronave haya solicitado asistencia a las autoridades locales; tercero, si es necesario para la represión del tráfico de drogas (otro ejemplo es la fórmula empleada en la Ley de Aeronáutica civil, art. 5)[240].

Respecto a las aeronaves, hay que destacar que, en oposición a la solución unitaria adoptada por el legislador nacional, por las diferencias que existen entre la circulación aérea y la marítima, los problemas que surjan por la comisión de un delito a bordo de una aeronave no pueden ser resueltos de manera idéntica en todos los aspectos[241]. La efectiva aplicación del principio territorial, por ejemplo, es poco practicable por la imposibilidad o gran dificultad que existe en ciertas circunstancias para saber en qué espacio aéreo se encontraba la aeronave al cometerse la infracción; como por el hecho de que las aeronaves sobrevuelan zonas en donde nadie ejerce soberanía y, por último, a que el Estado al que pertenece el espacio aéreo se desinteresa con frecuencia en ejercerla[242]. Por esto, hizo bien el legislador al establecer, en la Ley de Aeronáutica Civil, el principio de la nacionalidad de la aeronave. Regla que, además, es con frecuencia admitida en la actualidad[243]. 647

Según el art. 5 de esta ley, "se someterán también a las leyes del Perú y serán juzgados por sus tribunales, los hechos ocurridos, los actos realizados y los delitos cometidos a bordo de una aeronave civil peruana en los siguientes casos: 1.- Cuando el vuelo se efectúa sobre alta mar o en espacio aéreo no sujeto a la soberanía de ningún Estado; 2.- Durante el vuelo sobre territorio extran- 648

240 Este criterio fue aceptado en el Código Bustamante. Así, en su art. 2, se exige que debe existir una "relación entre el hecho delictuoso y el país yu sus habitantes o perturbar su tranquilidad". También figura en el art. 19 de las Normas penales de las Convenciones sobre el Derecho del mar de Ginebra 1958; consultar: Oehler, 1983, p. 305 ss.; Grützner, 1964, p. 24 ss.

241 Meyer, 1957, p. 605.

242 Meyer, 1957, p. 605 ss.

243 Según Zlateric, 1968, p. 195, no se le debe asimilar al "principio del pabellón" porque las aeronaves, a diferencia de las naves, no enarbolan bandera. Ver: Convención de Tokio de 1963. Conforme al art. 96 de la Constitución de 1979, "la nacionalidad de las naves y aeronaves se rige por la ley y los tratados".

jero, excepto en aquellos casos en que se lesione la seguridad o el orden público del Estado subyacente, o se cause daños a las personas o a los bienes que se encuentren en la superficie de dicho Estado". En el art. 6, se estatuye que "los hechos ocurridos, los actos realizados y los delitos cometidos a bordo de una aeronave civil extranjera en vuelo sobre territorio peruano, se regirán por las leyes del Estado de matrícula de la aeronave, excepto en los siguientes casos, en que se aplicará la ley peruana: 1.- Cuando tales actos o hechos lesionan la seguridad del Estado o el orden público del Perú; 2.- Cuando como consecuencia de tales actos o hechos se causen daños a las personas o a los bienes de terceros en territorio peruano; y 3.- cuando se trate de un delito, y se hubiera realizado en la República el primer aterrizaje posterior a su comisión, excepto en el caso de pedido de extradición"[244].

649 Debemos destacar, en primer lugar, el carácter general de estas disposiciones. Se refieren no sólo a los delitos cometidos a bordo, sino también a hechos ocurridos y actos realizados. Es decir, que comprenden también, por ejemplo, los actos jurídicos civiles que se lleven a cabo a bordo; las violaciones que cometan los pasajeros a los reglamentos internos de la aeronave, y los comportamientos indisciplinados realizados por los miembros del equipaje[245].

650 En segundo lugar, el legislador trata de hechos o actos sucedidos a bordo de una aeronave y durante el vuelo. Por lo que *-contrario sensu-* se debe deducir que la ley nacional se aplicará siempre que los actos sean cometidos cuando se hallen en aeropuerto nacional, según el principio territorial.

651 En doctrina y en las convenciones internacionales, se ha tratado de fijar desde qué momento se considera que la aeronave se encuentra en vuelo. Según la Convención de Tokio, una aeronave está en vuelo desde el momento en que "la fuerza motriz es empleada para despegar hasta el momento en que el aterrizaje ha terminado". Esta regla aparece ya en el art. 1, inc. 21, de la Convención internacional de Roma de 1952 y en el anexo 6 de la Convención de Chicago de 1944[246].

---

244 Ver: arts. 2 y 5 de la Ley de Aeronáutica Civil.

245 Algunos autores recomiendan, en parte con razón, que los atentados contra el reglamento interno de la aeronave o los actos de indisciplina de los miembros del equipaje sean siempre reprimidos por el Estado cuya nacionalidad tiene la aeronave. Arguyen que tales disposiciones son "*sui generis*" y de naturaleza "rigurosamente nacional". Cfr. Meyer, 1957, p. 616 ss.

246 Cfr. Grützner, 1964 p. 27.

Teniendo en cuenta las reglas establecidas en la Ley de Aeronáutica Civil, tampoco es necesario distinguir -como se hace en doctrina- entre delitos cometidos mediante aeronaves y los ejecutados a bordo de aeronaves. Un ejemplo de los primeros, puede ser el "impedir o perturbar, intencionalmente, la circulación pública" por el aire, sobrevolando en aeronave un aeropuerto (delito contra las comunicaciones públicas, art. 268). En este caso, es evidente que se aplicará la ley nacional en virtud del principio territorial. 652

En tercer lugar, subrayemos que las reglas de la Ley de aeronáutica Civil se refieren sólo a las aeronaves civiles peruanas o extranjeras; y no a las aeronaves públicas. El art. 2, inc. a del CJMP (DLeg N° 956, del 11 de enero de 2006) estatuye la competencia de los tribunales militares nacionales sobre infracciones cometidas en alta mar o a bordo de naves y aeronaves militares o policiales peruanas. 653

Son naves o aeronaves públicas peruanas las militares y las destinadas en exclusividad al servicio del poder público, tales como: correos, aduanas y policía. Todas las otras serán reputadas civiles peruanas (p. ej., art. 19 de la Ley de Aeronáutica Civil). La nacionalidad de las últimas está determinada por su inscripción en el Registro Público de aeronaves del Perú[247]. 654

De lo expuesto, pareciera que las aeronaves del Estado destinadas exclusivamente al servicio de correos estuvieran fuera del régimen establecido por la Ley de Aeronáutica Civil. Sin embargo, en esta misma norma se estatuye que "las aeronaves del Estado, distintas de las aeronaves militares, de aduana o de policía, serán tratadas como aeronaves civiles y estarán sometidas a las disposiciones de presente ley"[248]. 655

En el Código Bustamante se emplea una terminología semejante a la del CP de 1924. Se hace referencia a "aeronaves de guerra" y "aeronaves mercantes" y se establece la regla de la nacionalidad de la aeronave para ambos casos (arts. 300 y 301); limitando su aplicación para las "mercantes" a los casos en que las infracciones tengan "relación con el país y sus habitantes (o) perturban su tranquilidad" (art. 301, *in fine*). 656

---

247 Art. 20 de la Ley de Aeronáutica Civil. Normas sobre el establecimiento de tal registro, se estatuyen ya en el convenio de París de 1919, en el de Madrid de 1926 y en los de la Habana de 1928 y de Chicago de 1944. Cfr. CLAISSE, en Jurisprudencia argentina, N° 4600, del 25 de setiembre de 1974, p. 2 y 5.

248 Art. 19, inc. 4; esta regla establece una excepción en relación con el art. 19, pf. 2, que considera, pues, entre las naves estatales también a las consagradas exclusivamente al servicio de correos.

657 Las reglas de la Ley de Aeronáutica Civil son más precisas sobre este punto. En los arts. 5 y 6, se enumeran las condiciones que deben presentarse: a) daños a la seguridad o al orden público; y b) daños a las personas o a los bienes que se encuentren en la superficie del Estado.

658 El art. 6, inc. 3, señala además otro caso en que se aplicará la ley nacional a los delitos cometidos en aeronaves extranjeras que sobrevuelan el territorio peruano, "si hubiera la aeronave realizado en la República el primer aterrizaje posterior a su comisión"[249].

659 De este somero análisis de las disposiciones de la Ley de Aeronáutica Civil, hay que concluir, que la regla fundamental -a diferencia de lo que sucede con las naves en que predomina el principio territorial- es que se aplica el principio de nacionalidad de las aeronaves civiles, conforme al cual se someterá a los agentes de infracciones cometidas a bordo de éstas a la ley del Estado en donde estén inscritas. Sólo en las situaciones especiales enumeradas por la ley, se aplicará por excepción las disposiciones legales del Estado en cuyo espacio aéreo vuela la aeronave.

660 En el Código, la misma regla es aplicada a las naves y aeronaves; ignorándose así normas como las admitidas en las convenciones internacionales. Deben, por el contrario, perfeccionarse tales reglas y tratar de aplicarlas al caso de las naves para limitar, de manera prudente, la intervención de los órganos jurisdiccionales peruanos y la aplicación de la ley penal nacional.

e. Actos de participación

661 En el art. 1, no se hace referencia a los actos de los participantes para determinar el lugar de comisión del delito. De modo que hay que entender que la expresión "todo el que comete un hecho punible" se refiere tanto al que actúa solo, como a todos los que en conjunto intervienen en el acto delictivo. Por el contrario, en el art. 5, se dice "el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar". La redacción de esta disposición sólo pone en evidencia los casos de participación, implícitos en el texto del art. 1, sin aportar criterios para resolver los diversos problemas que se plantean en razón a la diversidad de formas que asume la participación delictiva (principal y secundaria).

[249] Sobre los inconvenientes de admitir esta solución, Meyer, 1957, p. 638 ss.; y Resoluciones de la Sétima Conferencia Interamericana de Estados americanos de Montevideo de 1933.

Los coautores y el autor mediato participan en el delito a título principal. Los primeros, sin necesidad de cumplir actos de ejecución, se asocian a la decisión inicial de cometerlo o a la ejecución de éste con tal intensidad que aparecen como autores. De la noción mixta de participación de los coautores, se deduce que cada uno responde por lo que los otros han realizado, de modo que el delito cometido en coautoría es reputado como ejecutado en el lugar donde uno de los coautores ha ejecutado uno de los elementos del tipo legal. 662

El mismo criterio debe ser aplicado respecto al coautor que no lleva a cabo ningún acto de ejecución (coautor intelectual), como al autor mediato, a quien se le imputa el delito cometido por un tercero sin dolo, que él ha utilizado como intermediario material. 663

Tratándose de las formas accesorias o secundarias de participación, complicidad e instigación, se ha considerado que deben someterse los comportamientos que éstos cometan en el extranjero al derecho penal nacional, sólo cuando la conducta principal sea ejecutada en territorio peruano. Sin embargo, resulta más coherente aplicar el principio de territorialidad, pues, si el cómplice o instigador actúa en el extranjero y el delito se ejecuta, por el autor principal o el instigado, en territorio nacional, se le aplicará la ley nacional porque el "resultado" de su comportamiento se ha producido en éste. Pero, una cuestión queda pendiente por contestar. ¿Es justificado reprimir al participante secundario que actúa en el extranjero a pesar de que el comportamiento principal no es típico de acuerdo con el derecho del Estado en donde obró? Para resolver este conflicto, se ha propuesto que se prevea la regla de la doble incriminación[250]. 664

A diferencia de otras legislaciones, el Código peruano no prevé el reconocimiento de las sentencias extranjeras que hayan sido dictadas respecto a responsables de delitos cometidos en el territorio nacional. De modo que el principio de territorialidad (art. 1) estatuye que las autoridades peruanas podrán perseguirlos de nuevo, sin considerar si han sido absueltos o condenados y, en este último caso, que hayan cumplido total o en parte la pena 665

250 SCHULTZ, 1987, p. 13. Es interesante indicar que, según el art. 113-5 del CP francés, el cómplice, en territorio francés, de un crimen o delito cometido en el extranjero, es reprimido por las autoridades francesas si, por un lado, el crimen o delito es penado tanto por la foránea como por la francesa y, por otro, si ha sido comprobado en una decisión firme de la jurisdicción extranjera. Según PRADEL, 2003, N° 231, "la iniciativa de la persecución debe proceder de las autoridades extranjeras, pero el hecho de que el cómplice haya actuado en Francia no excluye la represión".

impuesta. De la misma manera, procederán cuando ésta haya prescrito o haya sido remitida.

666 Esta regulación va demasiado lejos y constituye una expresión de desconfianza frente a la administración de justicia de los demás Estados. Una consecuencia evidente del carácter injusto de este criterio es el hecho de que no se prevea la imputación de la pena impuesta en el extranjero y cumplida total o parcialmente. Por el contrario, tratándose de la competencia secundaria fundada en los otros criterios de conexión, el Código reconoce de manera amplia las sentencias o decisiones dictadas en otro país en contra de los delincuentes que han obrado en el extranjero (art. 4, inc. 3).

III. Principio de la competencia real

667 El principio de la competencia real (tambien llamado principio de la realidad, de la cuasi- territorialidad o de la protección estatal; *Real- oder Staatsschutzprinzip*) dispone que la ley penal nacional se aplica al autor de una infracción cometida en el extranjero, cuando lesiona o pone en peligro un bien jurídico cuyo titular es el Estado. En el ámbito del derecho internacional, la competencia basada sobre este principio se justifica sin mayor dificultad. Si se admite de manera amplia que lo decisivo es que los bienes jurídicos atacados merezcan la protección del Estado, se podría pensar que el principio real o de defensa se desprende del principio de la personalidad pasiva[251], puesto que se debe aplicar la ley de la víctima a todo delito cometido en su agravio. Contra este criterio, se puede afirmar que este último constituye, más bien, un aspecto del principio de la competencia real[252], en la medida en que éste sería una ampliación de la protección del Estado en favor de los intereses de los nacionales[253].

668 En la doctrina y legislación, se tratan por separado estos dos casos; se habla del principio de personalidad pasiva cuando el acto atenta contra bienes de nacionales particulares. Este es el criterio admitido por nuestro legislador.

669 El principio real o de defensa ha sido justificado invocando la idea de que el Estado tiene el derecho de recurrir a la legítima defensa frente a los ataques

---

251 Lo admitió en particular Binding, 1885, p. 394; Merle/Vitu, 1997, N° 290.

252 Cfr. Colombini, 1983, p. 47; la doctrina alemana se habla también de "Schutzprinzip" (principio de protección) para designar los dos principios, cfr. Jescheck/Weigend, 1996, § 18 II N° 4.

253 Binding, 1885, p. 427; respecto a la correlación entre el principio protector personal (personalidad pasiva) y el principio protector estatal, Schultz, 1967a, p. 319.

de que sea víctima[254]. Si bien es cierto que la idea es en parte correcta, en cuanto supone que el Estado busca protegerse y conservar tanto su integridad como su estabilidad, no es menos cierto, también, que es innecesario utilizar la expresión legítima defensa, que tiene una significación precisa en derecho penal.

En realidad, el Estado se arroga la potestad de reprimir -aun cuando ha- 670
yan sido cometidos fuera de su territorio- los ataques dirigidos contra él, debido a que teme que el país en el que actúa el delincuente, por falta de interés o deficiencias legislativas, no persiga y castigue con la oportunidad y severidad requeridas este tipo de infracciones[255]. Así, se estima que, siendo nacional el interés defendido, no es posible confiar ni en la ley foránea, ni en una jurisdicción extranjera para asegurar su protección[256]. Esta manera de concebir el principio real o de defensa ha sido muy criticada por considerarse que desnaturaliza la función del derecho penal, en la medida en que todo ataque contra el Estado cometido en el extranjero no justifica su intervención Este efecto es atenuado debido a que no tiene la función de regla principal en nuestro sistema penal[257].

A diferencia de la técnica detallista empleada en el CP de 1924 (art. 5, inc. 671
1), en el Código vigente (art. 2, numerales 1 a 3) se mencionan de manera general los delitos reprimibles de acuerdo con el principio real o de defensa. Con este objeto, se utilizan las expresiones empleadas al designar los Títulos de la parte especial. De esta manera, en el pf. 2, se citan los ataques contra la seguridad, la tranquilidad públicas y, conforme al DLeg N° 982, del 21 de julio de 2007, los actos de lavados de activos. En el pf. 3, los agravios contra el Estado, la defensa nacional, los Poderes del Estado y el orden constitucional o al orden monetario. Por el contrario, en el pf. 1, se prevé un caso particular en el que los intereses son afectados por funcionarios o

254 Zlateric, 1968, p. 200. Cfr. Merle/Vitu, 1997, N° 313.

255 Cfr. Lombois, 1979, p. 388. Ver: Art. 338 de nuestro Código, según el cual será reprimido con la pena privativa de libertad no mayor de cinco años, quien practique -en territorio peruano- actos destinados a alterar por la violencia el orden político de un Estado extranjero. Cfr. Donnedieu de Vabres, 1928, p. 314; Jescheck, 1965a, p. 86; Germann, 1954, p. 246; Schwander, 1966, N° 67 ss.

256 Lombois, 1980, p. 59.

257 La opinión extrema en relación a la importancia de este principio la sostuvo Binding; quien llegó a considerarlo como criterio fundamental del "derecho penal internacional" y a los demás como casos especiales de su aplicación Consultar: Jescheck, 1965a, p. 86; Donnedieu de Vabres, 1928, p. 87.

servidores públicos que, en el desempeño de su cargo, cometen cualquier delito. Sólo respecto a los hechos punibles mencionados en el pf. 2, se limita la intervención del Estado a los casos en que los ataques enunciados deben producir "sus efectos en el territorio de la República".

672 Los delitos comprendidos en esta enumeración general son numerosos y diversos en cuanto a su gravedad. Para mayor precisión, hubiera sido conveniente, a imitación de otras legislaciones, aludir directamente a los Títulos de la parte especial. Así, el Título XII, "Delitos contra la seguridad publica", comprende los Capítulos I (Delitos de peligro común, arts. 272 a 279), II (Delitos contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos, arts. 280 a 285), III (Delitos contra la salud pública, subdividido en dos Secciones: I (Contaminación y propagación, arts. 286 a 295) y II (Tráfico ilícito de drogas, arts. 296 a 303). El Título XIV, Delitos contra la tranquilidad pública, abarca los delitos contra la paz pública (arts. 315 - reunión tumultuaria, 316 - apología de un delito, 317 - agrupación delictuosa, 318 - profanación de un muerto), el de terrorismo (arts. 319 a 324). El Título XV, Delitos contra el Estado y la defensa nacional, está dividido en las Secciones: I (Atentados contra la seguridad nacional y traición a la patria, arts. 325 a 334), II (Delitos que comprometen las relaciones exteriores del Estado (art. 335 a 343), III delitos contra los símbolos y valores de la patria, arts. 344 y 345). El Título XVI, Delitos contra los poderes del Estado y el orden constitucional, está constituido sólo por la Sección I, Rebelión, sedición y motín (arts. 346 a 350). Por último, el Título X, Delitos contra el orden financiero y monetario, contiene la Sección II, Delitos monetarios (arts. 252 a 261).

673 Para comprender cabalmente los alcances del art. 2, respecto al principio real o de defensa, debemos considerar que de acuerdo con el art. 4, el delincuente no será perseguido cuando la acción penal se halle extinguida conforme a la legislación nacional o de acuerdo con la del Estado en donde se cometió la infracción; cuando se trate de delitos políticos o hechos conexos con ellos o cuando el procesado haya sido absuelto en el extranjero; o, condenado, haya cumplido la pena, o, ésta se hallare prescrita o le hubiera sido remitida. Es decir, que podrá ser perseguido, fuera de estos casos en que no haya sido procesado en el extranjero, sólo, cuando no hubiera cumplido totalmente la pena que se le hubiese impuesto. En este caso, se renovará el juicio ante los tribunales de la República y se computará la parte de pena cumplida.

La excepción en favor de los delitos políticos o hechos conexos con éstos[258] limita bastante la aplicación del principio real. No sólo en relación con las infracciones "contra la seguridad del Estado" que son objetivamente delitos políticos (según el bien jurídico violado), sino también, de conformidad con el criterio subjetivo aceptado entre nosotros, con los hechos punibles comunes. Además, hay que considerar que el art. 2, inc. 3, amplía la excepción a éstos cuando son cometidos en conexión con los delitos políticos. Una restricción importante es la prevista en la Constitución. Según su art. 37, último párrafo, no se consideran delitos políticos "el genocidio ni el magnicidio ni el terrorismo". 674

La razón de ser del principio real o de defensa es la protección del Estado. Si se le atribuyera un ámbito demasiado amplio, se comprenderían muchos delitos cometidos en el extranjero y, en consecuencia, se debilitaría bastante el principio de territorialidad, el cual dejaría de ser el pivote principal del sistema. Sobre todo, en la medida en que se habla de efectos en lugar de resultado con relación a los delitos contra la seguridad y la tranquilidad pública. El exceso en que incurre el legislador es evidente, porque si fuera la producción del resultado la condición para limitar el número de los comportamientos punibles de esta índole comprendidos por el principio real, el pf. 2 del art. 2, sería una referencia superflua al principio de territorialidad, en aplicación del criterio de la ubicuidad. 675

Una deficiencia de la regulación adoptada reside en que la referencia a los Títulos de la parte especial determina que se aplique la ley nacional a casos sin mayor importancia para la protección del Estado; por ejemplo, la perturbación de la paz de los muertos o los agravios a los símbolos de la patria. 676

Si el fin del principio real o de defensa es el de proteger al Estado, en razón a la falta de confianza en la acción represora del Estado extranjero, las excepciones previstas resultan un tanto incoherentes debido a que se excluye la aplicación de la ley nacional cuando se dé la prescripción de la acción, se trate de delitos políticos y fiscales, el responsable haya sido absuelto o haya cumplido con la condena impuesta en otro país. 677

[258] Esta expresión es un reflejo de la influencia positivista del Proyecto Ferri de 1918.

IV. Principio de la personalidad activa

1. Noción y justificación

678 Conforme al principio la personalidad activa (*aktives Personalitätsprinzip*), se aplicará la ley penal nacional a todo nacional, que hubiese cometido un delito fuera del territorio de la República. Las razones expuestas en favor de este principio son numerosas y variadas. Algunas constituyen "la manifestación de un nacionalismo intenso, que obliga al nacional a seguir los mandatos de su derecho sin consideración del lugar donde se encuentre. También puede ser la expresión de una fuerte voluntad política tendiente a controlar el comportamiento de los súbditos aún en el extranjero [...] Además, el principio la personalidad activa puede ser invocado con el fin de evitar que el nacional cometa crímenes en el extranjero y, protegido por el principio de la no extradición de los nacionales, se refugie en su patria sin el riesgo de ser reprimido"[259].

679 Este criterio se justifica cada vez menos en la medida en que se acepta la extradición de los nacionales, muchas veces con la restricción de que la persona concernida consienta[260]. En la Constitución, art. 37, no se menciona expresamente el caso de los nacionales. Admitida de manera amplia en el primer párrafo de esta disposición, se le excluye, primero, "si se considera que ha sido solicitada con el fin de perseguir o castigar por motivo de religión, nacionalidad, opinión o raza" (inc. 2) y, segundo, cuando se trata de "perseguidos por delitos políticos o por hechos conexos con ellos. No se consideran tales el genocidio ni el magnicidio ni el terrorismo".

680 La regulación del principio la personalidad activa ha sido simplificada en el Código vigente, en la medida en que se derogan las disposiciones del CdePP que modificó las reglas establecidas en el CP de 1924. El Código procesal hacía, en gran medida, del principio la personalidad activa el pilar principal del sistema de aplicación de la ley penal en el espacio. En el Código vigente se vuelve, de manera correcta, a colocar el principio de territorialidad en el centro de este sistema.

681 El principio la personalidad activa está previsto, de la misma manera y junto al principio de la personalidad pasiva, en el art. 2, inc. 4. Esta norma establece que la ley penal nacional se aplica a todo delito cometido en el

259 Schultz, 1967a, p. 315; idem, 1987, p. 18; Stratenwerth, 2000b, AT I, § 5 N° 11.

260 Cfr. Gauthier 1982, p. 283 ss.

extranjero, cuando es perpetrado "[...] 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".

El carácter subsidiario del principio de personalidad activa fue admitido desde la elaboración de la mayor parte de códigos europeos entre 1810 y 1850. Una excepción importante la constituían los sistemas austriaco y alemán, los cuales le daban la prioridad. Esto constituía la expresión extrema de un acentuado nacionalismo o de una fuerte voluntad política[261]. 682

Se trata de una particular concepción del Estado, cuyos sostenedores dejan de lado su elemento material o territorial y lo conciben, sobre todo, como un grupo de personas sometidas a una autoridad común Donnedieu de Vabres describió bien este criterio diciendo: "La ley es el instrumento de esta voluntad soberana. El juez es el instrumento de esta voluntad. De la vinculación de estas proposiciones, se deduce que la ley sigue a los súbditos del Estado cuando habitan fuera de su territorio y celebran contratos o cometen delitos; y, que los jueces del Estado son aptos para conocer de todos estos casos"[262]. 683

De esta manera los súbditos de un Estado tendrían un deber de lealtad en relación con el derecho de su país. Algunos autores y legisladores llegan a admitir que éste deber subsiste aun cuando su comportamiento, en el lugar donde actúe el nacional, no sea considerado delictuoso[263]. Hoy en día, este criterio es rechazado en general. En Alemania, se afirma que "se trata de una parte de la camisa de fuerza ideológica con la que el nacional-socialismo quiso someter a las personas desde la cuna hasta la tumba" y que hoy en día debe más bien exigirse "el derecho a vivir en una sociedad de acuerdo con las costumbres y leyes en ella vigentes"[264]. 684

También se ha tratado de justificar la admisión del principio de la personalidad activa afirmando que la aplicación de la ley nacional implica un reforzamiento del derecho de la nación y de los valores que protege. Todas estas razones son vagas y conducen a la aplicación indiscriminada de la ley nacional a los actos cometidos en el extranjero. 685

261 Zlateric, 1968, p. 212.

262 Donnedieu de Vabres, 1928, p. 78.

263 Code d'instruction criminelle de Francia, art. 689 y art. 113-6 del CP francés de 1992.

264 Jescheck, 1965a, p. 79 ss.

686 Actualmente, se admite con más frecuencia una razón práctica y más precisa. Se trata, por un lado, de hacer respetar la regla *aut dedere, aut judicare* e impedir que el delincuente nacional permanezca impune y, por otro, de asegurar la igualdad de tratamiento de los delincuentes nacionales, sin interesar donde hayan actuado.

687 Cuando no se admite la extradición de nacionales, como sucedía durante la vigencia de la Ley de extradición de 1888, se considera que el principio la personalidad activa viene a ser la contrapartida de esta prohibición Grützner sostuvo que esta razón práctica era suficiente para aceptar tal principio en una Convención europea sobre la unificación de disposiciones concernientes a la jurisdicción. Oehler, por el contrario, rechaza esta opinión y cree que el fundamento lo da el simple hecho de que el delincuente no haya sido castigado en el extranjero. En su opinión, los preceptos jurídicos del lugar determinan primariamente la conducta de los individuos; pero, su violación hace que las normas nacionales abarquen su comportamiento[265]. En la práctica, el principio de personalidad pasiva ha tenido la función de complemento a la regla de la no extradición de nacionales. Esta función del principio de la personalidad activa impide que el país natal se convierta en asilo de delincuentes; con lo que adquiere una gran importancia en la política criminal de un Estado. De esta manera, va más allá que la regla de la competencia por substitución, pues, conforme a ésta es indispensable que se rechace la extradición solicitada por la autoridad competente de un Estado extranjero (art. 3).

2. Agente nacional

688 El elemento de la situación, creada en el extranjero y que permite al Estado considerarse autorizado a intervenir, es la nacionalidad del agente. Es decir, "el vínculo de carácter político y jurídico que liga a una persona con un Estado determinado"[266]. La nacionalidad es un derecho fundamental de la persona (art. 1, inc. 21, Const.). Nadie puede ser despojado de ella. En el art. 52, se establece que son peruanos los nacidos en el territorio de la República (*jus solis*) y los nacidos en el exterior de padre o madre peruanos (*jus sanguinis*), inscritos en el registro correspondiente durante su minoría de edad. Así mismo dispone que lo son también los que adquieran la nacionalidad por naturalización o por opción, siempre que tengan residencia en el Perú.

265 Oehler, 1983, p. 451 ss.

266 Pareja, 1973, p. 355.

La nacionalidad de la persona concernida es aquella que poseía en el momento de cometer, sin importar que también sea titular de otra. Esta condición es expresada de manera clara en el texto legal, al estatuir que la ley penal peruana se aplica cuando el delito es perpetrado por un peruano. 689

El empleo estricto de esta regla significa que la ley nacional se aplicará aun cuando el agente o la víctima hayan perdido, con posterioridad a la comisión del delito, la nacionalidad peruana. Esta cuestión era, en particular, importante en la medida en que no se admitía la extradición de nacionales. En todo caso, no existiendo más la circunstancia que originaba el interés del Estado para aplicar su ley nacional, la regla debe ser la extradición del responsable de la conducta punible y, si no fuera pedido por otro Estado, las autoridades nacionales deben reprimir conforme a su ley y de acuerdo con la regla *aut dedere aut punire*. 690

Cuando el autor adquiera la nacionalidad peruana después de cometido el delito en el extranjero, la ley penal nacional podrá ser aplicada, si es que la infracción puede dar lugar a extradición 691

Aparece, pues, como relevante la existencia del vínculo de la nacionalidad en el momento en que se inicia la acción represiva[267]. Esta es una nueva razón para rechazar -como lo hemos hecho antes- el criterio de que el principio la personalidad activa se fundamenta en la existencia de un deber de lealtad o una particular concepción del Estado o del nacionalismo. 692

3. Identidad de normas

Debido a que el Estado substituye a otro Estado (en cuyo territorio se cometió el delito) para reprimir al delincuente, se explica que se establezca como condición la regla de la denominada identidad de las normas[268]. El hecho cometido debe ser delito y su autor merecer una pena tanto según la ley nacional, como conforme a la del país en que tuvo lugar. 693

El art. 2 dice: "siempre que sea punible también en el Estado en que se cometió". En el mismo sentido, el NCPP, en su art 517, inc. 1, señala que "no procede la extradición si el hecho materia del proceso no constituye delito tanto en el Estado requiriente como en el Perú". 694

267 Este es el criterio admitido en art. 113-6, del CP francés. Cfr. Pradel, 2003, N° 233 ss.

268 Cfr. Logoz/Sandoz, 1976, art. 6, N° 4 b.

695 Esta manera de formular la condición presupone admitir que la aplicación de la ley no se realiza en abstracto, sino teniendo en cuenta el conjunto de disposiciones, materiales y procesales, que son aplicables al caso concreto. No se podría, sin contradecir los fundamentos de nuestra legislación, perseguir penalmente a alguien que ha cometido, en país extranjero, un comportamiento típico en circunstancias que, según la ley de éste, justifican su conducta. Así mismo, cuando en el país donde cometió el delito, el responsable no puede ser reprimido porque el lesionado no se ha querellado según lo prevé la ley foránea, a pesar de que no lo exija la ley peruana. La razón de esta interpretación es lograr que el agente no sea tratado con más severidad de lo que pueda serlo en el Estado donde cometió la infracción.

696 Algunos autores son partidarios de que se limite la aplicación de la identidad de reglas a los casos de aquellos nacionales que hayan residido bastante tiempo en el país extranjero y que, por tanto, se hayan familiarizado con las costumbres y hábitos vigentes allí, no debiéndose tener en cuenta para los que van a otro país a cometer actos delictuosos previstos sólo en su ley nacional[269]. Quienes sostienen este criterio, tienen presente algunas situaciones como la del aborto. Las mujeres interesadas en que se les interrumpa el embarazo y habitando en Estados, en donde se reprime dicho comportamiento como delito, viajan a países en los que se autoriza dicha interrupción bajo ciertas condiciones[270].

697 Nuestra legislación no contempla el caso en que el nacional fuera la víctima o el autor de un acto delictuoso en territorio no sometido a soberanía alguna. Este hecho quedaría impune debido a que no se daría la condición de la "identidad de reglas"[271], salvo que existiera otro elemento de conexión que fundamente la competencia del Estado peruano.

4. Entrar en la República

698 El delincuente debe, según el art. 2, inc. 4, *in fine*, ingresar "de cualquier manera al territorio de la República". El juzgamiento en ausencia está excluido, al menos, cuando el proceso comprende un sólo inculpado. Uno de

269 Cfr. Grützner, 1964, p. 41.

270 Ver §§ 5, inc. 9 y 8 del CP alemán.

271 Este problema ha sido planteado en Alemania y resuelto en el Código Penal: §. 7, N° 1 y 2: "El derecho penal alemán rige para los hechos cometidos en el extranjero [...] si en el lugar de comisión es amenazado con una pena o si tal lugar no se halle sometido a soberanía penal".

los principios de la administración de justicia, previstos en el art. 139, inc. 12, Const., es el de "no ser condenado en ausencia". En caso de un proceso con dos o más inculpados, el ausente puede ser juzgado (por permitirlo la ley procesal) y absuelto (por no prohibirlo la Constitución)[272].

El ingreso del delincuente en territorio nacional debe ser, en principio, voluntario; de esta manera acepta someterse a la autoridad judicial nacional. Sin embargo, no existen razones valederas para que escape a la represión cuando su entrada se produce por una causa de fuerza mayor o debida al azar; por ejemplo, por ser desviada hacia un aeropuerto nacional la nave en que viaja con otro destino. Lo que sí está excluido es que el responsable sea obligado –de manera ilegal- a retornar al país para ser juzgado (p. ej., mediante un secuestro). 699

5. Factibilidad de extradición

El art. 2, inc. 4, prevé además que "el delito esté previsto como susceptible de extradición según la ley peruana". En el art. 517 del NCPP se prevén los casos en los cuales la extradición será improcedente. Entre otros motivos, ésta será rechazada cuando no se cumpla con el principio de doble incriminación o la pena conminada por el delito atribuido sea menor a un año de pena privativa de libertad, en ambas legislaciones (inc. 1). Estas razones fueron previstas también en el art. 6 de la derogada Ley de Extradición. Así se producía el rechazo cuando la "pena conminada al delito fuese inferior a un año de prisión" (inc. 5); esto significaba que sólo podían ser competentes las autoridades peruanas cuando el delito cometido por el nacional en el extranjero sea una infracción de cierta gravedad. 700

V. Principio de la personalidad pasiva

De acuerdo con el principio de personalidad pasiva (o principio de cuasi personalidad o de protección individual; *passives Personalitäts- oder Individualschutzprinzip*) la ley penal nacional es aplicable a los delitos cometidos -fuera de territorio nacional- en agravio de un nacional. Así, lo estatuye el art. 2, inc. 4, *in initio*, al referirse al delito "perpetrado contra peruano". 701

272 Ver: DLeg. N° 125, del 12 de junio de 1981, Ley N° 26441, del 26 de junio de 1996, y CdePP, arts. 318 al 322; Cfr. San Martín Castro, 2003, vol. II, p. 1363 ss.

702 En opinión de Binding, este principio constituye un aspecto del principio real o de defensa y su fundamento está tanto en la afirmación de la soberanía estatal, como en la necesidad de procurar a los nacionales una amplia protección[273]. Este criterio ya no es admitido, puesto que la concepción de nacionalidad en que se basa ha sido superada. Además, para algunos autores su admisión va contra la facultad jurisdiccional de los otros Estados[274]. Su fundamento es sobre todo de orden pragmático, en relación con la desconfianza que inspira la justicia extranjera cuando se trata de proteger las víctimas que no son sus nacionales[275]. Muchas veces, estas personas se encuentran en situación crítica[276] debido a la xenofobia, dificultades de comunicación y de asistencia. La finalidad sería, por lo tanto, proteger mejor a los nacionales que sean víctimas de delitos cometidos en el exterior[277]. Al respecto, Stooss explicó que si el Estado extranjero no garantizaba la protección penal, debido a un vacío en su legislación, a la dejadez de las autoridades u otras razones, debería ser aplicada la ley nacional[278]. En todo caso, en el ámbito del derecho internacional, la justificación de este principio es muy discutida[279].

703 Por estas consideraciones, se le atribuye un papel subsidiario. Los efectos del principio de personalidad pasiva están limitados por las mismas condiciones del principio de personalidad activa. Debido a la técnica legislativa de regular en conjunto estos dos principios, en el art. 2, inc. 4 del Código, no se prevé, como se hacía en el Código derogado, que el autor deba ser un extranjero.

704 En este Código, el carácter subsidiario del principio de personalidad pasiva resultaba con claridad del hecho de que se daba más preferencia a la extradición del delincuente. Aun cuando este no es el caso respecto al art. 2, inc. 4, hay que interpretar esta regla en el sentido de que el Estado peruano, en caso de que se le pida la extradición, debe preferir la entrega del responsable en vez de juzgarlo[280]. Sólo en el caso de que el Estado en cuyo territorio se ha cometido la infracción se desinteresara en perseguir al delincuente, el Estado peruano debe juzgarlo y condenarlo conforme a su legislación

273 Binding, 1885, p. 127.

274 Oehler, 1983, p. 416; Kohler, J., 1917, p. 72, 97; Bertholdy, 1926, p. 41.

275 Schultz, 1967a, p. 318; idem. 1987, p. 13.

276 Schultz, 1987, p. 14.

277 Oehler, 1970 p. 119.

278 Stooss, 1984d, p. 13; Schultz, 1963a, p. 312.

279 Schultz, 1974b, p. 378.

280 Conforme se establecía en el art. 7 de la derogada Ley de extradición

VI. Principio de la competencia universal

En sentido amplio, el principio de competencia universal o principio de universalidad del derecho de castigar (*Weltrechts- oder Universalitätsprinzip*) significa que todo Estado puede juzgar y condenar un delincuente sin tener en cuenta su nacionalidad o el lugar de comisión de la infracción. No conocemos legislación en la que haya sido admitido de tal manera. En su versión extrema, la "competencia del juez sería determinada por la sola preocupación de una justicia pronta y eficaz; el lugar de arresto es el factor determinante; por tanto, es el juez de este lugar quien es competente. Todos los jueces del mundo tienen la pretensión de asumir la represión; ellos no son más considerados los órganos de una soberanía en particular, sino más bien de una represión universal"[281]. En cuanto a su fundamento, se trataría de reconocer una solidaridad sin fallas entre los Estados, la misma que permite al juez del lugar de arresto reprimir todas las infracciones que conoce, aún aquellas cometidas en el extranjero por extranjeros contra extranjeros. 705

En doctrina y legislación, por el contrario, se le reconoce un campo de aplicación restringido. Este dominio es el de ciertos actos graves que atentan contra intereses o bienes generales o intereses estatales. Se trata de crímenes mundiales, amenazando el interés común de todos los Estados[282]. Los bienes protegidos pueden ser de orden material (red telefónica, moneda), o consistir en "valores inmateriales que son el patrimonio moral de la humanidad"[283] (respecto a la trata de personas, piratería). Es decir, son los denominados delitos contra el derecho de gentes o delitos internacionales. 706

La admisión del principio universal significa, en buena cuenta, la aceptación de la competencia del *judex de aprehensionis* y no es necesario buscarle un fundamento en la filosofía. Lo importante es que existe un interés común en la represión de aquellos actos que constituyen una grave criminalidad. Entre los Estados se da un sentimiento de solidaridad y 707

281 Lombois, 1979, p. 19; Pradel, 2003, N° 224.

282 Según Donnedieu de Vabres, 1928, p. 143, esta forma del principio universal es cercano al sistema realista. No es en la circunstancia posterior al delito, la presencia del delincuente no castigado, que reside la competencia universal, sino en la índole del delito mismo y en sus consecuencias.

283 Donnedieu de Vabres, 1928, p. 144.

de conveniencia, cuya finalidad es impedir la impunidad del autor de uno de esos actos[284].

708 Entendido así, este principio es sobre todo subsidiario. El Estado competente no lo es en virtud de uno de los elementos en que se basan los demás principios: territorial, real, de personalidad activa o pasiva.

709 En nuestro ordenamiento jurídico, este principio es admitido en la medida en que, en el art. 2, inc. 5, se estatuye que la ley penal nacional se aplica a los casos en que el "Perú esta obligado a reprimir conforme a tratados internacionales". De modo que la competencia de las autoridades peruanas está determinada por la ratificación del convenio internacional, sin importar si existe uno de los tradicionales elementos de conexión con el extranjero. Así, se mejora la técnica legislativa porque ya no es más necesario indicar, respecto a cada delito concernido, que será reprimido conforme a la ley penal nacional cuando es cometido en el extranjero. Entre estos tratados, limitémonos a mencionar los referentes a trata de personas, tráfico de armas, etc.

710 También hay que tener en cuenta los casos en que el legislador prevé en el Código o en alguna ley especial la competencia universal de las autoridades peruanas.

711 En relación con los actos terroristas -fenómeno grave y de magnitud internacional-, no se ha impuesto la aplicación del principio universal. Su origen y carácter político han impedido que se piense en tal solución; por el contrario, se ha modificado la regulación de la extradición de los responsables de tal actividad. Así, el art. 37, último párrafo, Const. dispone que quedan "excluidos de la extradición los perseguidos por delitos políticos o por hechos conexos con ellos" y de que no "se consideran tales el genocidio ni el magnicidio ni el terrorismo". Esta referencia encuentra su desarrollo procesal en el art. 517, inc. 2, lit. e, del NCPP, en el cual se señala que "están fuera de la consideración de delitos políticos los actos de terrorismo". Esto último se encontraba previsto en el art. 7 de la derogada Ley de extradición.

712 Dada la gravedad de la infracción, se tiene por superfluo exigir que se dé la "identidad de normas" o "doble incriminación". Esto ha permitido a algun jurista considerar que estamos frente a una violación del principio de la legalidad. Según ellos, el inculpado, en el momento de actuar, no podrá prever la aplicación de la ley que se le quiere aplicar[285].

---

284 Schultz, 1963a, p. 312; Zlateric, 1968, p. 223; Donnedieu de Vabres, 1928, p. 169; Jescheck/Weigend, 1996, § 18 III 5.

285 Cfr. Donnedieu de Vabres, 1928, p. 165.

Debido a que su fundamento legal es la obligación asumida por el Estado peruano en un convenio internacional, la competencia que origina es principal. No está condicionada a la doble incriminación del delito, ni a que éste sea susceptible de extradición. 713

VII. Principio de la administración de justicia por representación

En doctrina se distingue, aunque no siempre de manera clara, la competencia universal propiamente dicha (*Weltrechtsflegeprinzip*) de la competencia de reemplazo, de substitución o por representación (*stellvertretende Strafrechtspflege*)[286]. Esta última es distinta de la primera "en la medida en que la decisión de persecución no ha sido tomada aisladamente por el Estado que reivindica su competencia, pero sobreentiende una cierta tolerancia, sino que depende del acuerdo del otro Estado que es el más directamente interesado en la represión de la infracción; por ejemplo, el Estado en donde la infracción ha sido cometida". En la práctica, la diferencia se reduce a dos aspectos ya mencionados: necesidad de una doble incriminación y subsidiaridad en relación con la extradición. 714

Este principio se ha desarrollado con ocasión de la discusión del problema de saber si deben castigarse y de qué manera las infracciones cometidas en el extranjero[287]. En un inicio se le concibió para los casos en que no se concedía la extradición de un delincuente que había cometido un delito en otro país, y se estimaba que desarrollaba todos sus efectos en relación con la no extradición de nacionales. Esta manera de concebir el principio de la administración de justicia por representación producía confusión por cuanto entraba en pugna con el principio de la personalidad activa. Ante este problema, se sostuvo que "al final este principio sólo significa que el [nacional], el cual ha cometido un delito en el extranjero, será juzgado y condenado -bajo ciertas circunstancias- conforme a las leyes nacionales. Si se trata sólo de una administración de justicia por representación o de un propio poder punitivo del Estado que reprime, es una cuestión secundaria"[288]. 715

---

286 Sobre esta materia, Cfr. Oehler, 1983, N° 143 ss., 802 ss.; Colombini, 1983, p. 49.

287 Grützner, 1960, p. 403.

288 Hafter, 1946, p. 51; Jiménez de Asúa, 1959, p. 197, sostuvo, igualmente, que la pena se impone por representación en caso de los nacionales no entregados por vía de extradición y de los diplomáticos nacionales que delinquen en el ejercicio de sus funciones. Bramont Arias, quien cita a Jiménez de Asúa, parece ser de la misma opinión, 1950, p. 142.

716 En Alemania, se ha sostenido que según el principio aquí analizado, el derecho germano es aplicable al extranjero que delinquió fuera del territorio nacional si ha sido detenido, y aun cuando la ley autorice su extradición, o ésta no haya sido solicitada por el Estado interesado o no haya sido concedida o no fuera viable. De esta manera, ha sido consagrado en el § 7, N° 2, inc. 2[289].

717 Se habla de administración de justicia por representación cuando se persigue un acto cometido en el territorio nacional y que sólo es delito conforme a la ley extranjera. La persecución penal es realizada en interés del Estado extranjero[290]. Otro caso, en el que se hace referencia a este principio, es el de ciertas infracciones leves cometidas en el territorio nacional; pero, respecto a las cuales el Estado se limita a realizar una investigación preliminar y, luego, solicita al Estado de donde es originario el delincuente que lo sancione. Un ejemplo lo constituye el art. 101 de la ley suiza sobre la circulación terrestre (1958)[291]. Concebido de esta manera, este principio adquiere una gran importancia sobre todo en Europa, donde se producen movimientos de población intensos, masivos y temporales (motivados por el turismo o la búsqueda de oportunidades de trabajo).

718 En el Código, art. 3, se prevé la competencia por substitución para los casos en que, "solicitada la extradición, no se entregue al agente a la autoridad competente de un Estado extranjero". De acuerdo con la manera como, hoy en día, se regula la extradición, esta regla no puede ser considerada como compensación a la no extradición de los nacionales. Además, concierne sólo a los delitos que pueden dar lugar a extradición Todas las demás formas a que hemos hecho referencia no son consideradas.

VIII. Extradición

1. Noción y clases

719 Mediante la extradición el Estado requirente solicita al Estado requerido la entrega de una persona que se encuentra sometida a proceso penal ante sus

289 Ver. art. 10, inc. 2, del CP italiano.

290 Ver Grützner, 1960, p. 403.

291 Por esta razón, Schultz, 1977, T.I, p. 87, considera que el Estado ejercerá su derecho a castigar en virtud de este principio, sólo cuando el Estado en que se cometió la infracción lo solicita y que es, en la mayor parte de los casos, un sustituto de una extradición no concedida. Cfr. Bussy-Rusconi, comentarios al art. 101.

tribunales de justicia o que ya ha sido condenada como autor o partícipe de un hecho punible. Se trata de un acto de cooperación interestatal que se encuentra en estrecha relación con la aplicación de la ley en el espacio. Por esto, se la menciona expresamente en el art. 2, inc. 4[292].

En sus inicios, la extradición constituía un acuerdo entre soberanos que se entregaban sus enemigos políticos. Esta índole contractual supervivió hasta después del siglo XVII, a pesar de que se amplió a los delitos de derecho común. Su regulación comenzó con la dación de la ley belga sobre extradición de 1833. Uniformizándose el régimen de la extradición para todos los justiciables de un mismo país y estatuyéndose algunas garantías a favor de la persona concernida[293]. En esa época, fueron establecidos los principios básicos, por ejemplo, la doble incriminación, la exclusión de los delitos políticos, los cuales serían afirmados en numerosos tratados bilaterales. Después de la Segunda Guerra Mundial, se llevaron a cabo esfuerzos para instaurar un sistema convencional multilateral[294]. 720

La extradición es considerada actualmente como un procedimiento de cooperación judicial internacional en materia penal de tercer grado, ya que produce una afectación directa y grave sobre la libertad física y ambulatoria del sujeto extraditable. 721

Tradicionalmente, en la doctrina y el derecho interno, se distingue, según la posición que asumen los Estados que intervienen, entre extradición activa y extradición pasiva. La primera consiste en el procedimiento empleado por el Estado requirente para solicitar a otro Estado la entrega de una persona procesada o condenada. La segunda, es el procedimiento que debe desplegar el Estado requerido para tramitar un pedido de extradición, hasta la entrega del extraditable al Estado que lo solicita. 722

2. Principios

El principio de especialidad, previsto en el art. 520, incs. 1 y 2, del NCPP, es el fundamento básico de la extradición. Garantiza que la persona requerida sólo sea procesada, acusada o condenada por los hechos delictivos que motivan la extradición. De modo que si el Estado requirente descubriese con posterioridad a la concesión de la extracción, la existencia de otros he- 723

292 Grützner, 1960, p. 1 ss.

293 Hurtado Pozo, 2005, p. 275

294 Blanco Cordero/Sánchez García de Paz, 2000, p. 3 ss.

chos delictivos cometidos con anterioridad, deberá pedir la ampliación de la extradición mediante la formalización de un nuevo requerimiento para poder reprimirla.

724 De acuerdo con el principio de la prioridad de los tratados internacionales, la extradición será concedida teniendo en cuenta lo dispuesto en éstos y sólo de modo complementario por el derecho interno de los Estados. Es decir, el régimen de la extradición está definido en los tratados bilaterales o multilaterales y, sólo respecto a lo no previsto en éstos, se aplicará el derecho nacional, conforme lo dispone el art. 508 del NCPP. Así mismo, en el art. XIII, inc. 3, de la Convención Interamericana contra la Corrupción, se señala que si "un Estado Parte que supedita la extradición de otro Estado Parte, con el que no lo vincula ningún tratado de extradición, podrá considerar la presente Convención como la base jurídica de la extradición respecto a los delitos a los que se aplica el presente artículo".

725 De manera excepcional la extradición puede basarse en el principio de reciprocidad[295]. Por su carácter subsidiario respecto a los tratados y a la ley, no constituye un límite a la concesión de la extradición. La única condición para poder invocarla es que se respeten los derechos humanos (art. 508, inc. 1, del NCPP). Además, debe comprobarse su práctica bilateral o unilateral precedente. Según el art. 513, inc. 2, del NCPP, tanto la Fiscalía de la Nación como el Ministerio de Relaciones Exteriores deben sustentar ante el Poder Judicial cuáles han sido los casos en que dicho principio fue invocado por el Estado peruano y que fueron aceptados por el país extranjero (involucrado en un procedimiento de extradición) y, viceversa, cuáles fueron los casos en que el país extranjero lo invocó y que fue aceptado por el Perú.

3. Etapas del procedimiento

726 La extradición se realiza a través de una secuencia de etapas que deberán cumplirse tanto en el país requirente (extradición activa) como en el país requerido (extradición pasiva). Estas etapas son:

1. Ubicación y captura de la persona extraditable.
2. Envío y recepción de la solicitud de extradición.
3. Procedimiento judicial de evaluación de la solicitud de extradición.
4. Decisión gubernamental y entrega del extraditable al Estado requirente.

---

295 ES del 18 de marzo de 1998. Exp. N° 09-97, en Rojas, 1999, p. 615.

En cada una de estas etapas intervienen diferentes autoridades administrativas, judiciales, diplomáticas o gubernamentales. Ellas interactúan de manera simultánea o sucesiva y con arreglo a sus competencias funcionales específicas. Sin embargo, la etapa resolutiva de la extradición no siempre es competencia de la autoridad judicial. Es más, el *iter* histórico de la extradición muestra que dicha fase ha tenido como actor preeminente al Gobierno central del Estado requerido. La condición del actor resolutivo de la extradición (autoridad judicial o gubernamental) identifica a la extradición como procedimiento administrativo, judicial o mixto. Según esta última modalidad de extradición, en la etapa resolutiva intervienen las autoridades judicial y gubernamental. 727

4. Formas especiales de extradición

Los tratados y el derecho interno han regulado varios casos especiales[296], entre los que destacan: 728

- La extradición condicionada o restringida.
- La extradición anticipada o abreviada.
- La extradición diferida o temporal.
- La concurrencia de extradiciones.
- La reextradición.

a. Condicionada o restringida

Una extradición es condicionada o restringida cuando, al concederla, se establece que el Estado requirente y sus autoridades judiciales no deben aplicar determinadas penas como la pena de muerte o la de cadena perpetua. Se da, así mismo, una forma de extradición condicional, cuando se hace depender la entrega de la persona reclamada del hecho que el Estado requirente anule la condena que le impuso en ausencia y sea nuevamente procesada con las garantías del debido proceso. 729

Al respecto, el art. 10 del Tratado Bilateral de Extradición entre la República del Perú y el Reino de España de 1989[297], establece que: "No se concederá la 730

296 ORTS BERENGUER, 2004, p. 83 ss.

297 Tratado Bilateral de Extradición entre la República del Perú y el Reino de España, suscrito el 28 de junio de 1989, aprobado por el Congreso de la República mediante RLeg N° 25347, del 31 de octubre de 1991. Vigente desde el 31 de enero de 1994.

extradición cuando los hechos que la originan estuviesen castigados con la pena de muerte, con pena privativa de libertad a perpetuidad, o con penas o medidas de seguridad que atenten contra la integridad corporal o expongan al reclamado a tratos inhumanos o degradantes".

b. Anticipada o abreviada

731 En esta modalidad, el extraditable se allana o manifiesta su conformidad, ante las autoridades judiciales del país requerido, de ser extraditado al Estado requirente. La particularidad de este caso consiste en que el acuerdo del *extraditurus* permite que el órgano competente resuelva sin más trámite si la entrega procede o no[298].

732 Ejemplo de esta modalidad de extracción se encuentra en el art. XII del Tratado bilateral de Extradición entre la República del Perú y los Estados Unidos Mexicanos de 2000[299], el cual sostiene: "Si el reclamado manifiesta a las autoridades competentes de la Parte Requerida que consiente en ser extraditado, dicha Parte podrá conceder su extradición sin mayores trámites y tomará las medidas permitidas por su legislación para expeditar la extradición".

c. Diferida o temporal

733 Este caso se presenta cuando el extraditable se haya sometido, en el Estado requerido, a un proceso penal en trámite o a la ejecución de la pena privativa de libertad que ya se le ha impuesto. La solicitud de extradición es atendida normalmente luego de concluido el proceso o una vez que se ha cumplido la pena. No obstante, el Estado requerido puede también decidir una entrega temporal al Estado requirente, bajo el compromiso formal de que éste le devuelva al extraditado una vez que haya concluido el proceso penal o se haya ejecutado la pena que motivo el requerimiento. Al respecto, el art. 19 del citado Tratado de extradición entre Perú y España señala: "Si la persona reclamada se encontrare sometida a procedimiento o condena penal en la Parte requerida, la entrega podrá aplazarse hasta que deje extinguidas esas responsabilidades en dicha Parte, o efectuarse temporal o definitivamente en las condiciones que se fijen de acuerdo con la Parte requirente".

---

298 Valle Riestra, 2004, p. 251.

299 Tratado de Extradición entre la República del Perú y los Estados Unidos Mexicanos, suscrito el 02 de mayo de 2000, aprobado por el Congreso de la República mediante RLeg N° 27428, del 22 de febrero de 2001. Ratificado el 05 de marzo de 2001.

d. Concurrencia de extradiciones

Se produce cuando varios Estados requieren la entrega de una misma persona por un mismo delito o por la comisión de delitos diferentes. Los tratados y el derecho nacional establecen criterios de prioridad que el Estado requerido debe seguir para decidir a cual Estado requirente concede la extradición. Se suele tomar en cuenta la preexistencia de un tratado de extradición, la gravedad de los delitos que sustentan los pedidos, la oportunidad de la presentación de las solicitudes o la nacionalidad del extraditable. 734

e. Reextradición

El Estado que requirió y obtuvo la extradición de una persona es, a su vez, requerido luego por otro Estado para que la extradite. El Estado inicialmente requirente se convierte en Estado requerido. No se trata del mismo procedimiento ni de una secuela o complemento del mismo, sino de un nuevo procedimiento promovido por la nueva demanda de extradición. 735

Los acuerdos internacionales de la materia establecen reglas que condicionan el pedido y su resolución a la anuencia o intervención directa del Estado requerido original. Esto es, el otrora Estado requirente y ahora Estado requerido, no puede resolver el pedido de extradición sin consultar y obtener el consentimiento del Estado de quien obtuvo inicialmente la entrega del *extraditurus*. 736

Esta exigencia deriva del principio de especialidad. No se trata de un acto de cortesía interestatal sino de una garantía de control para el Estado requerido y, así mismo, de una obligación del Estado que recibe un extraditado. El Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo de 1889[300], en su art. 28, dispuso la siguiente regla: "Si después de verificada la entrega de un reo a un Estado, sobreviniese respecto del mismo individuo un nuevo pedido de extradición de parte de otro Estado, corresponderá acceder o no al nuevo pedido, a la misma Nación que verificó la primera entrega, siempre que el reclamado no hubiese sido puesto en libertad". 737

5. Improcedencia

Los arts. 37, inc. 6, Const. y 517 del NCPP, prevén algunas causales de improcedencia. En el inc. 1 de este último, se establece que el Estado peruano 738

[300] Celebrado durante el Congreso Internacional Sudamericano de Montevideo de 1889. Fue suscrito en Montevideo el 23 de enero de 1889; aprobado por el Estado peruano mediante resolución legislativa del 25 de octubre de 1889.

puede rechazar la extradición cuando: primero, no se cumpla con el principio de doble incriminación o la pena conminada para el delito que determina el requerimiento de entrega sea menor a un año de pena privativa de libertad; segundo, cuando el Estado requirente no tuviere jurisdicción o competencia para el procesamiento del imputado, o si éste ya hubiese sido absuelto, condenado, indultado, amnistiado, o beneficiado por alguna otra gracia de similar naturaleza; tercero, cuando hubiese prescrito la acción penal o la pena en alguno de los dos Estados.

739 En el inc. 2, se dispone que el pedido de extradición puede ser rechazado: primero, por razones de violación de garantías procesales como el debido proceso; segundo, cuando el caso sería de conocimiento de un tribunal de excepción; o, tercero, si el delito fuere exclusivamente militar, contra la religión, político o conexo con él, de prensa, o de opinión; o si el hecho imputado sólo fuere perseguible a instancia de parte o se tratase de una falta; y, cuarto, cuando se trata de delitos tributarios, salvo que hayan sido cometidos para ocultar ingresos provenientes de otro delito, mediante una declaración falsa u omisión dolosa.

740 En el inc. 3, se excluye la extradición cuando la demanda ha sido presentada por consideraciones discriminatorias de raza, religión, nacionalidad o de opiniones políticas; o cuando ella colisione con intereses esenciales del Perú de su seguridad y de orden público; o si el Estado requirente no brinde la seguridad suficiente de que no aplicará la pena de muerte al extraditable, pese a que el hecho delictivo materia de extradición tenga conminada dicha pena.

6. Revocatoria

741 Es una medida de corrección y equivale a un acto de desistimiento de parte del Estado requirente ante el Estado requerido, por el que solicita no se continúe con el trámite de su pedido de extradición. Por su carácter excepcional, las causales de revocación son siempre taxativas. Por lo general, se refieren a circunstancias de error en torno a la legislación invocada, a la identidad del individuo reclamado o al desinterés del Estado requirente para obtener la entrega del extraditado.

742 La revocatoria puede producirse también después de que el Estado requerido haya concedido la extradición, pero cuando aún no se haya materializado la entrega del *extraditurus*.

7. Regulación legislativa

El antecedente legal más representativo de la extradición en el Perú es la Ley de Extradición del 23 de octubre de 1888. Sus disposiciones fueron completadas mediante los arts. 345 a 348 del CdePP. En estas normas, se adoptó un modelo mixto para la tramitación de las solicitudes de extradición y se otorgó al Poder Ejecutivo la competencia para decidir la entrega de un extraditable, colocando al Poder Judicial como una instancia fundamentalmente consultiva sobre la legitimidad del requerimiento. 743

Otro antecedente importante fue la derogada Ley N° 24710, del 27 de junio de 1987[301]. Reguló de modo más detallado la extradición e incorporó importantes innovaciones. Por ejemplo, al no prever, en su art. 6, ninguna restricción relativa a la nacionalidad del extraditable, permitió la extradición de nacionales. En su art. 8, se reconoció la vigencia del principio de administración de justicia por representación, cuando se denegara la solicitud formulada por el Estado requirente[302]. En este supuesto, se preveía someter al *extraditurus* a un proceso penal ante autoridades judiciales nacionales, para lo cual se debía solicitar los elementos de prueba pertinentes al Estado requirente donde se perpetró el delito. Esta ley mantuvo un modelo mixto, al conceder al Consejo de Ministros la competencia exclusiva para decidir la entrega de la persona requerida. 744

Sin embargo, el régimen para la tramitación de las solicitudes de extradición era bastante complejo[303]. Tal defecto se concretiza en particular en las normas reglamentarias contenidas en el DS N° 044-93-JUS, del 14 de diciembre de 1993. Así, para el procedimiento de extradición activa se preveían hasta diecisiete etapas[304]. 745

En el CPP de 1991, no se incluyeron disposiciones sobre la extradición. Lo contrario sucedió en el NCPP, en el que se mantiene un esquema tradicional. Así, se regulan por separado los presupuestos, requisitos y trámites correspondientes a los procedimientos de extradición pasiva (arts. 516 a 524) y de extradición activa (arts. 525 a 527). 746

---

301 MAZUELOS COELLO, 1995, p. 188 ss.

302 Sobre los alcances del principio de administración de justicia por representación, Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. La Justicia Penal en España. Aranzadi Editorial. Pamplona. 1998, p.224

303 Sobre dicha tramitación, HUGO VIZCARDO, 2001, p. 211 ss.

304 MAZUELOS COELLO, 1995, p. 151 ss.

747 Merece destacarse de que no se excluye la extradición de nacionales (art. 516). Esta regla, inicialmente prevista en la derogada Ley N° 27410, es compatible con los compromisos bilaterales más recientes sobre la materia suscritos por nuestro país. Así, en el art. 6, párrafo inicial, del Tratado de Extradición Peruano - Coreano, del 5 de diciembre de 2003, se señala que: "Los nacionales de la parte requerida podrán ser extraditados". De igual manera, se declara, en art. III del Tratado Peruano - Boliviano, del 27 de agosto de 2003, que: "La extradición no será denegada por razón que la persona reclamada sea nacional del Estado requerido".

748 En cuanto al modelo resolutivo de las solicitudes de extradición, en el NCPP se conserva el esquema mixto de la legislación anterior. De modo que las instancias judiciales mantienen la condición de órganos de tramitación y consulta. La facultad de extraditar es de competencia exclusiva de los órganos correspondientes del Poder Ejecutivo (art. 514). De allí que la resolución que emite la Sala Penal de la Corte Suprema, en los casos de procedimientos de extradición (activa o pasiva), tiene un carácter meramente ilustrativo (art. 514, inc. 2). Sin embargo, es vinculante para el Gobierno cuando la Corte Suprema pronuncia una resolución consultiva negativa (art. 515).

749 Lamentablemente, esta regulación formal del trámite de la extradición mantiene los excesos de los que adolecía la anterior legislación. Por ejemplo, se prevén las siguientes etapas del proceso de extradición pasiva:

- Recepción de la solicitud por la Fiscalía de la Nación.
- Remisión al Juez de Investigación Preparatoria para que dicte el mandato de detención en vista de la extradición.
- Diligencia preparatoria con citación del Fiscal Provincial y del extraditable, a quien se tomará declaración por la que puede contradecir la solicitud formulada o su legitimidad.
- Audiencia de control de la extradición dentro de los 15 días.
- Remisión del cuadernillo a la Sala Penal de la Corte suprema.
- Traslado al Fiscal Supremo; y luego, con la opinión de éste, determinación de la fecha de audiencia.
- Realización de la audiencia con informes orales.
- Resolución de la Sala Penal dentro de los 5 días.
- Remisión de opinión consultiva, luego de 3 días de notificada, al Ministerio de Justicia.

- Emisión de Resolución Suprema del Consejo de Ministros y comunicación de la misma a la Fiscalía de la Nación y al Estado requirente por vía diplomática.
- El Estado requirente debe trasladar al extraditado dentro de los 30 días siguientes a la comunicación. Este plazo podrá prorrogarse por 10 días más; al vencimiento de esta prórroga se pondrá en libertad al extraditado.

La complejidad descrita no es menor para la tramitación de la extradición activa. Conforme a los arts. 525 y 526 del NCPP, el procedimiento consta de cuatro etapas fundamentales:

La emisión, de oficio o a pedido de parte, del auto de requerimiento de extradición y la conformación del cuaderno de extradición por parte del juez de la investigación preparatoria (o juez penal). En dicha resolución, se deberá precisar con claridad los hechos imputados, su calificación jurídica, los elementos de convicción que concurren y que vinculan al imputado, la declaración de ausencia o contumacia, así como la orden de detención con fines de extradición, de ser el caso (art. 525, inc. 2). Una vez emitida la resolución, el juez formará el cuaderno de extradición conteniendo, entre otros, con la documentación que es detallada en el art. 518 (pfs. 1 y 2), anexando los elementos de convicción que acreditan que el procesado ha sido ubicado en el país requerido; precisándose, además, las normas de derecho interno aplicables al caso y el Tratado que pudiere existir (art. 526, inc. 1).

- La elevación del cuaderno de extradición a la Sala Penal de la Corte Suprema y traslado a la Fiscalía Suprema, y puesta en conocimiento de las demás partes, fijándose la fecha de realización de la audiencia. Llevada ésta a cabo, la Sala Penal Suprema, en el término de 5 días, deberá emitir la resolución consultiva correspondiente (según dispone el art. 9, del DS N° 016-2006-JUS[305]). Si el pronunciamiento de la resolución consultiva es desfavorable, se devolverá el cuaderno de extradición al órgano jurisdiccional inferior. Por el contrario, de ser favorable, dicha resolución deberá ser notificada a las partes, y en el término máximo de 3 días se remitirá el cuaderno al Ministerio de Justicia (art. 526, inc. 3).

[305] DS N° 016-2006-JUS, del 17 de septiembre de 2007, sobre normas referidas al comportamiento judicial y gubernamental en materia de extradiciones y traslado de condenados. Dicha norma fue modificada por el DS N° 010-2008-JUS, del 8 de julio de 2008.

- La remisión o traslado de lo actuado hacia el Poder Ejecutivo.
- La emisión y publicación oficial de la resolución suprema que aprueba o desaprueba la extradición activa, y la presentación formal de la misma ante el Estado requerido. Al Poder Ejecutivo le corresponde demandar, a instancia de la Sala Penal de la Corte Suprema Suprema, formalmente al Estado concernido, la extradición del procesado, acusado o condenado que se encuentra en su territorio (art. 525, inc. 1). A este nivel se conformará una comisión presidida por el Ministerio de Justicia e integrada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, la cual informará sobre la materia. Será, luego, en Consejo de Ministros, donde se acuerde el resultado de la extradición activa, emitiéndose la resolución suprema que corresponda (inc. 4). Si ésta es denegatoria, aunque la ley no lo señala expresamente, debe admitirse, interpretándose sistemáticamente, el art. 522, inc. 1, por lo que la Fiscalía de la Nación deberá de comunicar tal hecho a la INTERPOL. Por el contrario, si la resolución suprema es favorable a la extradición activa, deberá disponerse la traducción de las piezas procesales principales del cuaderno de extradición (inc. 5, concordado con el art. 11 del DS N° 016-2006-JUS). La Fiscalía de la Nación y el Ministerio de Relaciones Exteriores, en representación del Poder Ejecutivo, deben presentar, formalmente, la solicitud de extradición ante el Estado en cuyo territorio se encuentra el procesado, acusado o condenado por la justicia peruana.

750 El NCPP también contempla formas especiales de extradición como la extradición anticipada (art. 521) y la reextradición (art. 519).

751 Sin embargo, llama la atención que el legislador nacional no haya reproducido la disposición que contenía el art. 8 de la derogada Ley N° 24710, la cual permitía la administración de justicia por representación, en caso de denegatoria de la extradición pasiva requerida. Por tanto, hay que admitir que en caso de negarse la extradición de una persona, su juzgamiento por autoridades judiciales peruanas sólo procedería con arreglo a lo estipulado en los tratados bilaterales o multilaterales. Así, por ejemplo, en el art. 5 del Tratado de Extradición con Panamá de 2003[306] y en el art. 6 del Tratado de

[306] Tratado de Extradición entre la República del Perú y la República de Panamá. Suscrito el 08 de setiembre de 2003. Aprobado por RLeg N° 28387, del 12 de noviembre de 2004 y ratificado por DS N° 079-2004-RE, del 3 de diciembre de 2004. Vigente desde el 08 de julio de 2005.

Extradición con Paraguay de 1997[307], se estipulan normas para la instauración del procedimiento penal por la parte requerida en caso de rechazo del pedido de extradición.

También es cuestionable que no se hayan incluido disposiciones, similares a aquellas previstas en la Ley N° 24710 y en el DS N° 044-93-JUS, para regular la revocación de la extradición. Esta omisión constituye un grave vacío (arts. 513 a 527) que ha debido ser subsanado por el art. 10 del DS N° 016-2006-JUS, sobre Normas referidas al comportamiento judicial y gubernamental en materia de extradiciones y traslado de condenados. 752

En el Título II, de la Sección VII, del Libro Séptimo del NCPP, se regula el procedimiento de detención y entrega de personas[308], el cual concierne y es equivalente a un requerimiento de extradición promovido por los órganos competentes de la Corte Penal Internacional (arts. 557 a 561). Al respecto es de precisar que la tramitación establecida es muy similar a la configurada para los pedidos de extradición. Ahora bien, en caso de concurrencia de solicitudes de extradición con pedidos de detención y entrega formulados por la Corte Penal Internacional, el NCPP, en coherencia con los compromisos acordados por el Estatuto de Roma, declara la preeminencia del pedido del órgano jurisdiccional supranacional (art. 561). 753

IX. Aplicación de la ley penal extranjera

Por aplicación de la ley penal extranjera, se comprende -en sentido estricto- el hecho de que el juez nacional aplica al caso que juzga la ley extranjera en lugar de la ley nacional. En sentido amplio, se entiende no sólo esta forma directa de aplicación, sino también el hecho de tener en cuenta la ley penal extranjera en el momento de aplicar la ley penal nacional. En este caso, la ley extranjera condiciona -de cierta manera- la aplicación de la ley nacional. Un ejemplo es la regla de la doble incriminación o identidad de reglas como condición para reprimir al nacional que ha cometido un delito fuera del Perú[309]. Nos parece preferible hablar a este respecto de reconoci- 754

307 Tratado de Extradición entre la República del Perú y la República del Paraguay. Suscrito el 17 de octubre de 1997. Aprobado por RLeg N° 28247, del 07 de junio de 2004 y ratificado por DS N° 064-2004-RE, del 05 de octubre de 2004. Vigente desde el 29 de noviembre de 2005.

308 SAN MARTÍN CASTRO, 2003, Vol. II, p. 1491.

309 Cfr. ZLATERIC, 1968, p. 294.

miento de la ley extranjera y, en cuanto al primer caso, de acuerdo con la opinión dominante, de aplicación directa[310].

755 En la doctrina y legislación, impera el criterio de la inaplicabilidad de la ley penal extranjera. Los tribunales nacionales no pueden aplicar sino la ley penal nacional, es decir, la *lex fori*. Esta regla no es muy antigua, se considera que alcanzó su vigencia en los primeros años del signo XIX y tuvo en Binding uno de sus más decididos defensores. Antes se admitía con frecuencia la aplicación de la ley extranjera; este criterio fue defendido por Bartolo, Grotius Carpzov. En algunas legislacione,s se le aceptó a través del principio de la *ley mitior*.

756 En la época moderna, Feuerbach defendió la aplicación de la ley extranjera. En el presente siglo, fue Donnedieu de Vabres quien provocó un fuerte movimiento a su favor.

757 Diferentes teorías fueron concebidas para justificar la aplicación de la ley penal extranjera: la Escuela holandesa del siglo XVII sostuvo el criterio de la "cortesía internacional"; algunos alemanes hablaron de "representación de intereses"[311] y otros, de "comunidad de intereses de diferentes Estados soberanos"[312], Donnedieu de Vabres se refirió al "ejercicio de la soberanía territorial"[313].

758 Los argumentos que se esgrimen a su favor son numerosos. Entre éstos podemos señalar: representa una garantía a la libertad individual (en el sentido de *nullum crimen, nulla poena sine lege*); permite aplicar la ley que mejor se adecua a la infracción o al medio en que fue cometida; evita la arbitrariedad en la determinación de la ley aplicable e, igualmente, las desigualdades que pueden presentarse al juzgar a los copartícipes[314].

759 Los argumentos en su contra son de orden teórico y práctico. En los de orden teórico, se dice que la aplicación de la ley extranjera representa un atentado contra la dignidad y la soberanía del Estado y, en los de orden

310 Cfr. Jiménez de Asúa, 1964, T.II., p. 760.

311 Grützner, 1960, p. 400.

312 Bemmeln, 1960, p. 615.

313 Respecto al derecho local y al voluntad del legislador que hace suya la ley extranjera, Cfr. Donnedieu de Vabres, 1928, p. 182.

314 Cfr. Schwander, 1960, p. 576 ss.

práctico, que comporta inconvenientes para la administración de justicia, en cuanto al conocimiento de la misma y a la imposición por parte de ésta de una sanción desconocida por la legislación nacional[315].

Como ya lo hemos expresado, en la legislación moderna prima el principio de que en el territorio de un Estado la ley aplicable es sólo la ley penal nacional. Este es el caso de nuestra legislación penal y la del Tratado de Montevideo (1889) y del Código Bustamante (1928), suscritos por el Perú. El art. 304 de este último estatuye que "ningún Estado contratante aplicará en su territorio las leyes penales de los demás". 760

El Tratado de Montevideo no contiene una disposición general parecida a ésta. Por el contrario, admite la posibilidad de que se aplique la ley extranjera, cuando el delincuente mediante la infracción afecte a diferentes Estados. Según el art. 4, "se aplicará la pena más grave de las establecidas en las distintas leyes penales infringidas". 761

La ley extranjera es reconocida, en el art. 2, inc. 4, cuando prevé la doble incriminación y ordena que se tenga en cuenta si la pena impuesta en el extranjero ha prescrito o ha sido remitida, circunstancias que se determinarán conforme a la ley del Estado donde se impuso la sanción. 762

Esta misma solución ha sido adoptada en el Código Bustamante en relación con la prescripción de la pena (art. 313); y en cuanto a la prescripción de la acción, se dispone que es de aplicación la ley del Estado al que corresponde conocer. El Tratado de Montevideo (1889) -ratificado por nuestro gobierno- no contiene disposición alguna que establezca el reconocimiento de la ley extranjera. 763

X. Aplicación de sentencias extranjeras

Como en el caso de la aplicación de la ley extranjera, se distingue la fuerza ejecutiva de la sentencia extranjera del simple reconocimiento de sus efectos. En el primer caso, el Estado que detiene al delincuente haría efectiva la condena impuesta por un tribunal extranjero. En el segundo, el Estado no podría, por ejemplo, perseguir al delincuente si es que un tribunal extranjero -por el mismo hecho- lo ha juzgado y absuelto. 764

315 Binding, 1885, p. 372 ss.; Cfr. Grützner, 1960, p. 408 ss.; Zlateric, 1968, p. 302.

765 En la actualidad, la mayor parte de las legislaciones parten del desconocimiento de la fuerza ejecutiva de las sentencias extranjeras. Dicho criterio se sustenta en la afirmación de que la sentencia es expresión de la soberanía del Estado y que reconocerla implicaría inclinarse ante una voluntad extranjera[316]. Lo que no significa que se proclame el total desconocimiento de la resolución extranjera o se le tenga por inexistente.

766 La legislación peruana sigue esta concepción Así, el art. 4, inc. 3, reconoce plena validez a la sentencia extranjera absolutoria y, por lo tanto, las autoridades peruanas no podrán reprimir a la persona absuelta en virtud de los principios real, de la personalidad activa, de personalidad pasiva y de un tratado internacional. Así mismo, cuando la sentencia es condenatoria y ha sido totalmente ejecutada. Si lo ha sido parcialmente, el reconocimiento es limitado en la medida en que sólo se tiene en cuenta la parte de la pena ya cumplida en el momento de la fijación de la pena en el nuevo proceso. Es decir, que el Estado peruano no ejecutará la pena impuesta en el extranjero, sino que juzgará al procesado y, de condenarlo, computará la parte de la pena cumplida[317].

767 Además, reconoce plena validez a la resolución que dispone la remisión de la pena o declara su prescripción

768 La no ejecución de la sentencia penal extranjera es admitida ampliamente en el Código Bustamante. En el art. 436, se dice: "Ningún Estado contratante ejecutará las sentencias dictadas en uno de los otros en materia penal, en cuanto a las sanciones de ese orden que impongan". La salvedad que se hace en último lugar es debido a que en el artículo siguiente se admite la ejecución de la parte de la sentencia extranjera referente a la responsabilidad civil y a sus efectos sobre los bienes del condenado (art. 437). La única excepción que hace en relación con las penas es la contenida en su art. 311. Según esta disposición, "la pena de interdicción civil tendrá efecto en los otros Estados mediante el cumplimiento previo de las formalidades de registro o publicación que exige la legislación de cada uno de ellos".

316 Cfr. Bramont Arias, 1950, p. 178 ss.; Zlateric, 1968, p. 328. También se arguyen razones prácticas concernientes a las diferencias que hay en los sistemas de penas. En alemania, se alegan razones de orden constitucional, consultar: Oehler, 1983, p. 605 ss.

317 Corresponde al tribunal determinar, autónomamente, la correspondencia entre la pena impuesta -parcialmente cuplida- y la pena prevista por la legislación nacional. No creemos que se pueda deducir del sistema peruano la extinción de la acción penal, debido a que las penas sean cualitativamente diferentes; contra: Bramont Arias, 1950, p. 173.

En doctrina, se reclama hace mucho tiempo la aplicación de la sentencia extranjera. Algunos juristas, como Donnedieu de Vabres[318], han negado que sea la mejor solución, el nuevo juzgamiento del delincuente y afirmado que sería conveniente reconocer su fuerza ejecutiva, lo que se adecua mejor al deber de colaboración internacional. Además, sostienen que no implicaría un atentado contra la soberanía del Estado, ya que para su aplicación es necesario que el mismo Estado la autorice legalmente. 769

En los congresos internacionales se ha sostenido este criterio. Así, ya en el Congreso Internacional de derecho penal de Bucarest (1929) se aprobó que a toda sentencia penal extranjera -dictada por autoridad competente- debe reconocérsele eficacia, conforme a las necesidades de la cooperación internacional. De manera más clara y en armonía con el criterio dominante en la doctrina, el IX Congreso de la Asociación Internacional de Derecho penal (La Haya, 1964) afirmó en sus resoluciones que: "En principio, conviene recomendar que las decisiones penales adoptadas en un Estado sean reconocidas en otro Estado. Este reconocimiento no es incompatible con la idea de la soberanía. En efecto, el nacionalismo excesivo que separa lo pueblos ha cedido terreno en numerosos casos y en especial en materia penal a una voluntad de cooperación conforme a la solidaridad internacional. Así mismo, las dificultades prácticas a que dan lugar las sentencias extranjeras pueden ser superadas gracias a los aportes recientes del Derecho comparado". 770

La intensificación de ciertas formas delictivas a nivel internacional; por ejemplo, el tráfico de drogas, ha hecho necesaria la adopción de nuevos criterios en relación con la cooperación de los gobiernos. Es el caso de los convenios sobre cumplimiento de condenas penales suscritos por nuestro país, los Estados Unidos y el Canadá (6 de junio de 1979 y 22 de abril de 1980), aprobados por las Leyes N° 23124 y N° 23125 del 9 de julio de 1980. 771

La legislación más avanzada en el dominio de la aplicabilidad de la sentencia extranjera, es la de los países nórdicos. En 1948, Suecia, Noruega y Dinamarca se pusieron de acuerdo con relación a la multa, la confiscación y la reparación de daños. En la actualidad rige entre ellos, además en Finlandia e Islandia, un acuerdo más amplio. Un claro ejemplo de estos convenios es la Ley sueca del 22 de mayo de 1963, referente a 772

[318] Donnedieu de Vabres, 1928, p. 324.

ciudadanos y residentes, la cual contiene un cuadro de equivalencia de las penas y contempla también los casos de la condena y de la liberación condicional.

XI. Caso de funcionario o empleado nacional que delinca en el extranjero

773 De acuerdo con el art. 2, inc. 1, se aplica la ley peruana "a todo delito cometido en el extranjero", cuando el "agente es funcionario o servidor en el desempeño de su cargo".

774 En general, se sostiene que se trata de un caso particular del principio real o de defensa, ya que mediante tales actos, el funcionario o servidor obra directamente contra los intereses del Estado[319]. A pesar de esta estrecha relación existente, es preferible invocar el deber especial que tienen los funcionarios o empleados en relación con el Estado que los nombra. La violación de este deber constituye el factor decisivo que explica la intervención del Estado interesado[320]. Este criterio se pone en evidencia cuando se exige que el delito haya sido cometido "en el desempeño [del] cargo". No se trata de uno de los delitos contra la seguridad del Estado, ya que en este caso se invoca el principio real o de defensa. En principio han de comprenderse, las infracciones previstas en el Título XVIII, Capítulo II, "Delitos cometidos por funcionarios públicos", pero también otras como la de falsificación de documentos (art. 427)[321]. Esto se desprende de la referencia que el legislador hace a la comisión de "todo delito", como en el Código derogado a "infracciones de cualquier especie".

775 Esta expresión evita dudas en la interpretación de la expresión "en el desempeño de su cargo". La amplitud de la última frase hace casi inútil la referencia general a todo delito. Se descartan las dudas que hubieran si se interpreta "en el desempeño de su cargo" en el sentido de que el delito debe ser cometido "con ocasión del cumplimiento de los actos propios a la función o servicio" y no en que sea realizado "durante el ejercicio del cargo o mientras dure la prestación de los servicios al Perú".

776 En caso de que el servidor público incurra, en el extranjero y en tanto se encuentre en funciones, en un delito de prevaricato o de falsificación de

319 Jescheck/Weigend, 1996, § 18 III 3. Cfr. Núñez, 1974, p. 95.

320 Oehler, 1983, p. 394.

321 Cfr. Cornejo, 1926, p. 28.

documentos (al realizar uno de los actos de su cargo) el Estado peruano podrá reprimirlo conforme a la ley peruana. Tratándose de un delito de violación o de lesiones, cometido mientras el autor es servidor público y en el marco de su vida particular, el primer interesado en la represión es el Estado del país donde se cometió la infracción. Si éste no puede sancionar al autor debido a su inmunidad diplomática, por ejemplo, el Perú deberá perseguirlo de acuerdo con el principio de la personalidad activa. Si se trata de un empleado al servicio del Perú, pero de nacionalidad extranjera, deberá ser sometido a extradición, en caso de haber ingresado al Perú y haber sido detenido.

La *ratio legis* del art. 2, inc. 1, es el interés del Estado en reprimir a sus servidores que han violado, aun en el extranjero, sus deberes especiales como tales. La competencia que se irroga el Estado respecto a la represión del funcionario o servidor públicos es absoluta, ya que excluye la aplicación de alguna de las excepciones prevista en el art. 4. 777

XII. Excepciones estatuidas en el art. 4

De acuerdo con el sistema de nuestro Código, el Estado peruano ejerce de manera exclusiva su derecho a sancionar a quienes hayan cometido una infracción en su territorio. Su extinción depende sólo de lo que disponga la ley nacional; por ejemplo, por prescripción Si el agente hubiese sido castigado por esta misma infracción en el extranjero, los tribunales nacionales tienen aún expedita su facultad de perseguirlo penalmente. 778

En algunos ordenamientos jurídicos, se reconoce al Estado también esta exclusividad, según el principio real o de defensa; por esto, se le denomina cuasi territorial[322]. No sucede esto en el nuestro. El art. 4, por el contrario, dispone que la ley nacional no se aplicará basándose en este principio, así como en los la personalidad activa y pasiva, cuando la acción penal se halle extinguida conforme a una u otra legislación; se trate de delitos políticos o de hechos conexos a éstos y cuando el acusado haya sido absuelto en el extranjero o, condenado, haya cumplido la pena o ésta hubiera prescrito, o le hubiera sido remitida. 779

El caso de la prescripción de la acción penal y de la pena es un problema de aplicación de la ley penal extranjera y lo hemos tratado antes. Señalemos 780

322 CP suizo, art. 4.

aquí que el inc. 3 del art. 4, no indica si la prescripción o la remisión de la pena se determinan de acuerdo con la ley penal nacional o a la extranjera. Es un caso de aplicación de la ley más favorable (nacional o extranjera)[323].

781 Sin embargo, este no es el criterio admitido en el Tratado de Montevideo y el Código Bustamante. Es sus arts. 14 y 312, respectivamente, se estatuye que la prescripción se rige por las leyes del país al cual corresponde conocer el delito; sólo el Código Bustamante contiene una norma expresa respecto a la pena. Se trata del art. 313 que dice: "La prescripción de la pena se rige por la ley del Estado que la ha impuesto"[324].

782 En el acápite referente a la ejecución y reconocimiento de sentencias extranjeras, hemos tratado los casos señalados en el inc. 3 del art. 4. Recordemos, tan sólo, que lo discutido en este dominio es el "efecto internacional de los derechos adquiridos del inculpado, que se ha beneficiado de una absolución, de una remisión o que ha cumplido la pena, a no volver a ser perseguido por el mismo hecho (*ne bis in idem*)[325].

783 El legislador peruano ha admitido un criterio amplio en cuanto a los delitos políticos, en la medida en que se refiere también a los hechos conexos con éstos (art. 4, inc. 2). El criterio determinante para saber qué infracciones revisten esta calidad es de carácter objetivo (según el bien jurídico violado). Pues, si se hubiese seguido hablando, como en el Código derogado, art. 6, inc. 2, de delitos políticos-sociales (según el fin político del agente)[326], hubiera sido inútil la referencia a los "delitos conexos"[327]. En todo caso, el criterio imperante en la doctrina y en la legislación es bastante amplio, lo que está en armonía con el extenso reconocimiento al derecho de asilo.

784 Esta concepción fue admitida en la antigua Ley de extradición de 1888, en la que se hace referencia a delitos que tuvieran un carácter político o se hubieran perpetrado en conexión con ellos. Aún de manera más general en el DL N° 18692, del 21 de diciembre de 1970, se concedió amnistía por

323 Cfr. Bramont Arias, 1950, p. 173.

324 El Tratado de Montevideo de 1940, no ratificado por el Perú, se refiere a ambos casos en una misma disposición: art. 16.

325 Cf: Donnedieu de Vabres, 1928, p. 303.

326 En el art. 13 de su Proyecto de CP italiano de 1921, Ferri, 1921, establece que "son delitos político-sociales aquellos cometidos exclusivamente por motivos políticos o de interés colectivo".

327 Es interesante observar que en la Ley N° 23215, del 28 de julio de 1980, el Gobierno concede amnistía e indulto a los inculpados, acusados y sentenciados por "hechos de naturaleza político-social o conexos subordinados a éstos" (arts. 1 y 2).

"delitos políticos-sociales y conexos". En este sentido, el Parlamento se refirió, en la Ley N° 23215 del 28 de julio de 1980, a "hechos de naturaleza político-social o conexos, subordinados a éstos" (art. 1). Los alcances de esta expresión fueron limitados por la enumeración de casos que hizo el Parlamento en el art. 2 de esta misma ley de amnistía. Pero, en la derogada Ley de extradición de 1987, art. 7, se vuelve a la terminología empleada en la de 1888. En la Constitución de 1993, art. 37, último párrafo, al establecerse los delitos que están excluidos de la extradición, se habla de delitos políticos y hechos conexos, indicando en seguida que no están comprendidos el genocidio, magnicidio y terrorismo. Este apartado constitucional ha sido recogido y desarrollado por el art. 517, inc. 2, lit. e, NCPP, en el cual se señala que "están fuera de la consideración de delitos políticos los actos de terrorismo, los delitos contra la humanidad y los delitos respecto de los cuales el Perú hubiera asumido una obligación convencional internacional de extraditar o enjuiciar".

El único caso en que nuestro legislador admite el derecho exclusivo de perseguir a determinados autores de delitos cometidos fuera del territorio nacional, es el de los funcionarios o empleados al servicio del Estado que, en el ejercicio de sus cargos, ejecutaran una infracción en el extranjero (art. 2, inc. 1). 785

§ 7 Aplicación de la ley penal en el tiempo

I. La ley y el tiempo. II. Derogación y desuso de la ley penal. III. Regulación legal. IV. Tempus regit actum. V. Irretroactividad de la ley penal. 1. Nociones fundamentales. 2. Modificaciones de la ley pena.3. Leyes interpretativas y correctoras. 4. Leyes procesales y de ejecución penal. VI. Retroactividad de la ley penal más favorable al momento de sentenciar. 1. Fundamentos. 2. Ley penal más favorable. 3. Abrogación de una disposición que reprime un hecho. 4. Principio de combinación de leyes penales. 5. Momento de realización del delito. 6. Modificación de la ley durante la ejecución del delito. VII. Modificación de la ley penal y cosa juzgada. 1. Introducción. 2. Aplicación de la ley más favorable. 3. Circunstancias en que se da la modificación. VIII. Medidas de seguridad y modificación de la ley. 1. Regulación. 2. Debate sobre la retroactividad de las medidas de seguridad. IX. Modificación de la ley referente a la ejecución de penas y medidas de seguridad. X. Leyes temporales y excepcionales. XI. Leyes intermedias. XII. Leyes procesales. XIII. Modificación de la ley y prescripción de la acción penal y de la pena. XIV. Retroactividad y cambio de jurisprudencia. XV. Concurso real.

I. La ley y el tiempo

Desde dos perspectivas se pueden analizar las relaciones del derecho con el tiempo. Primero, teniendo en cuenta que éste es un componente de toda situación jurídica; y, segundo, considerando la temporalidad, la historicidad del primero[328]. Los temas tratados, tradicionalmente, bajo el rubro de ámbito temporal de aplicación de la ley penal, se plantean en esta última perspectiva. 786

Las normas jurídicas tienen un ciclo vital. El legislador, en una fecha precisa, las promulga y pone en vigencia; así mismo, las modifica o deroga. Una ley no debe, por tanto, mientras no haya entrado en vigor; de lo contrario, se violaría el principio de legalidad. Cada sistema jurídico contiene reglas que determinan las circunstancias en que aparecen y desaparecen las normas legales. Según el art. 109 Const., la "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". 787

En principio, la validez temporal de las normas legales es indefinida ya que tienen la "sorprendente capacidad de sobrevivir a quienes las hicieron y a quienes las obedecen". Vale decir, que "pueden tener una limitada relación temporal; no necesitan limitarse al futuro o a actividades futuras de un legislador, sino que pueden referirse, igualmente, al pasado y vincularse a actos legislativos de un legislador del pasado"[329]. 788

328 LEONE, 1976, p. 16 ss.

329 HART, 1963, p. 78 ss.

II. Derogación y desuso de la ley penal

789 Según el art. I del CC, una ley sólo puede ser derogada mediante otra ley. El desuso no puede dejarlas sin efecto[330]. Esto explica, muy bien, que una ley dictada muchos años atrás -a pesar de su no aplicación- permanece vigente. Como ejemplo folklórico de este fenómeno, cita Hart, el caso -sucedido en 1944 en Inglaterra- de una mujer acusada y juzgada por actos reprimidos por una ley sobre brujería, dictada en 1735.

790 No comete, por ejemplo, prevaricato el juez que sanciona, de acuerdo con el art. 450, inc. 5, a quien "destruye las plantas que adornan jardines, alamedas, parques y avenidas", a pesar de que tal disposición, a nuestro conocimiento, no es aplicada. El hecho cotidiano de arrojar basura a la calle o a un predio de propiedad ajena, sin que se aplique el art. 451, inc. 6, no comporta su derogatoria. Su total inaplicación hasta ahora no implica que puedan ser aplicadas o que sea necesario estatuirlas nuevamente[331].

791 La entrada en vigor de una ley sólo condiciona en parte su aplicación en el tiempo. Los problemas que se plantean son regulados por el denominado derecho penal intertemporal o derecho penal transitorio (*Intertemporales Strafrecht oder Uebergagsrecht*). Ellos surgen no tanto por la coexistencia de leyes, sino más bien por la manera como se suceden[332]. En el ámbito penal, no se plantea ninguna duda si la misma ley está vigente tanto en el momento de la comisión del delito como cuando se juzga al responsable. Surgen las dificultades cuando esta ley es abolida y reemplazada o modificada por una nueva ley, bajo cuyo imperio es juzgado el imputado. Entonces hay que determinar cuál de las dos leyes debe aplicarse.

III. Regulación legal

792 Diversos son los sistemas que se han propuesto. De manera esquemática, pueden resumirse los tres más difundidos.

793 Según el primero, la ley regula todos y sólo los actos y situaciones posteriores a su puesta en vigencia. Si un acto o situación debe ser juzgada por

330 El desuso no es sino el efecto jurídico negativo de la costumbre; Cfr. KELSEN, 1968, p. 140. Cfr. BRAMONT ARIAS, 1950, p. 41, 223.

331 La opinión contraria de KELSEN no tiene, en nuestra opinión, validez en derecho penal. Cfr. idem, 1968, p. 140 ss.

332 ROUBIER, 1960, p. 4.

una nueva ley, la precedente será aplicada a pesar de haber sido abolida; de modo que se le considera post activa[333].

De acuerdo con el segundo, la ley se aplica tanto a los actos y situaciones posteriores a su entrada en vigencia, como a los anteriores. Este planteamiento es incompatible con el principio de legalidad y, por tanto, inaplicable en derecho penal. 794

Por último, el tercero propone la aplicación inmediata, de modo que cada una de las dos leyes en presencia, la antigua y la nueva, se aplica sólo en su ámbito. La nueva ley rige para todos los efectos de los actos y situaciones que existan o surjan a partir de su vigencia, al mismo tiempo que respeta los efectos de los actos o situaciones pasados[334]. 795

IV. *Tempus regit actum*

Mediante esta expresión latina se afirma que la ley penal es aplicable a los actos cometidos durante su vigencia. Este principio general no ha sido establecido, expresamente, por nuestro legislador. Figura en algunos códigos extranjeros[335], así como en algunos proyectos. Entre estos últimos, citemos el art. 7 del CP Tipo para Latinoamérica, según el cual "los delitos se juzgarán de acuerdo con las leyes vigentes en la época de su realización". 796

La regla *tempus regit actum* está implícita en el principio de la legalidad, en la medida en que para determinar si un comportamiento es delictuoso y qué sanción debe imponerse al agente hay que aplicar la ley vigente "al tiempo de cometerse". 797

El legislador ratifica tal exigencia al disponer en el art. 103, inc. 3, Const., que "ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo, salvo en materia penal, cuando favorece al reo". Esta excepción presupone -como regla general- la aplicación de la ley vigente en el momento de la comisión del delito. 798

---

333 ROUBIER, 1960, p. 11.

334 Según ROUBIER, 1960, p. 466, hay que hacer todavía una excepción: la ley nueva no puede pretender obrar sin retroactividad sobre los elementos anteriores a la ley para darles efectos jurídicos que la ley anterior no preveía.

335 Por ejemplo, CP austriaco, § 61 *ab initio*: "Las leyes penales son aplicables a actos cometidos después de su entrada en vigor"; en el mismo sentido, art. 2 CP suizo. El § 2 CP alemán estatuye que las penas y sus consecuencias se determinan según la ley vigente en el momento de la perpetración del hecho punible.

799 La certitud, de un lado, de la vigencia de la ley en el momento de la ejecución del acto y, de otro, del instante en que éste se ejecutó, son elementos necesarios para la determinación de la ley aplicable. En principio, no existen imprecisiones respecto a la sucesión temporal de las leyes penales. En caso contrario, debido a una técnica legislativa deficiente, toda duda debe ser resuelta de acuerdo con "lo más favorable al reo". En la Constitución (art. 139, inc. 1), se hace referencia de manera amplia, a la aplicación de lo más favorable al reo "en caso de duda o de conflicto entre leyes penales". Esta norma constituye una ratificación de la retroactividad benigna de la nueva ley (consagrada en el art. 103, inc. 3, Const.) y, al mismo tiempo, una referencia a la ultractividad benigna de la ley antigua.

800 Dos observaciones deben hacerse: primero, esta regla no se aplica en caso de dudas sobre la interpretación de la ley; segundo, tampoco cuando se dude sobre los hechos imputados al procesado. Esta segunda hipótesis está sometida al principio procesal *in dubio pro reo*, previsto en la primera parte del art. 103, inc. 3, Const.[336].

V. Irretroactividad de la ley penal

801 *Tempus regit actum* e irretroactividad de la ley penal son el anverso y el reverso de una misma moneda. La no retroactividad de la ley penal se funda en "el principio de legalidad de la represión, de la que constituye el corolario indispensable y la consecuencia directa"[337].

802 El art. 25 Const. 1933 prohibía de manera absoluta la retroactividad de toda ley. Esta manera de formular esta prohibición[338], común a varias legislaciones, condujo a que algunos juristas cuestionaran la legalidad de la disposición que estatuye la retroactividad de la ley más favorable[339].

803 La inconsistencia de esta opinión era evidente debido a que el fin perseguido por el legislador en la norma constitucional era el de garantizar la seguridad de las personas y que, por tanto, no podía ser interpretada sino en el sentido de que "se refiere a la inaplicabilidad de la ley más gravosa,

336 Rubio/Bernales p. 438, se equivocan, en consecuencia, cuando afirman que la aplicación de lo más favorable al reo se da también por falta de claridad de las leyes penales al juzgar el caso. Aquí se trata de un problema de interpretación de la ley.

337 Levasseur, 1971, p. 194; Pradel, 2003, N° 205.; Marinucci/Dolcini, 2006, p. 71 ss.; Bacigalupo, Arts. 1-4, en Conde-Pumpido/López Barja de Quiroga, 2007, p. 20 s

338 En Italia, art. 45 de la Constitución; España, art. 19 del Fuero de los españoles.

339 Rodríguez, 1990, p. 165; Esposito, 1950, p. 505.

posterior a la comisión del hecho"[340]. El texto de la Constitución vigente elimina toda duda.

804 Del principio de legalidad (previsto en el art. 1 del Código y en el art 2, inc. 20, lit. d, Const.) se deduce, sin dificultad, que la prohibición de la retroactividad de la ley se dirige al juez. En materia penal significa que éste sólo debe considerar como delito un acto y sólo imponer una sanción cuando hayan sido previstos en la ley antes de la comisión del hecho punible. Sin embargo, aun cuando no aparece muy claro que esta interdicción se refiera también al legislador, como acontece con la prohibición de retroactividad contenida en el art. 103 Const., hay que admitir que éste no puede prever la retroactividad general de la ley penal. Es evidente que los constituyentes al regular el principio de legalidad, limitaron así mismo las facultades legislativas. Restricción que tiene su justificación en el afán de excluir un abuso de poder en detrimento de las personas[341]. En este marco, hay que interpretar los arts. 6 a 9, que suponen la irretroactividad de la ley penal más severa[342].

805 El origen de esta regla, como el del principio de legalidad, es de carácter político. De manera expresa, fue consagrada, por primera vez, en la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 (art. 8)[343] y, luego, en la Constitución francesa de 1793 (art. 14). Pero, en estas disposiciones la prohibición se refería sólo a las leyes penales. Por el contrario, en la Constitución del 5 de Fructidor del Año III, se mencionaban también las leyes civiles. Su art. 14 era muy claro al ordenar que "ninguna ley criminal o civil puede tener efecto retroactivo". La regla de la aplicación de la ley penal más favorable fue incorporada de manera accesoria en los nuevos códigos o leyes; por ejemplo, en el CP francés del 25 de setiembre de 1791.

806 Figura en el art. 11 de la DUDH, así como en el art. 7 CEDH. En el mismo sentido ha sido previsto en el art. 9 CADH; asimismo en el art. 15, inc. 1 PIDCP. Así, se advierte de la revisión de los citados instrumentos internacionales que la interdicción de la retroactividad es, en buena medida, una consecuencia directa de la legalidad y, con frecuencia, es estudiada en este contexto[344].

---

340 SOLER, 1976a, T. I., p. 188. Cfr. SINISCALCO, 1965, p. 248.

341 PAREJA, 1973, p. 316; RUBIO/BERNALES, 1981, p. 356.

342 ES del 17 de octubre de 1995, Exp. N° 306-92-A Callao, en ROJJASI PELLA, 1997, p. 74.

343 "La ley sólo debe establecer las penas evidente y estrictamente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada".

344 STRATENWERTH, 2005, § 4 N° 10 ss.; SCHULTZ, 1987, p. 10.

807 Desde esta amplia perspectiva, se comprende, fácilmente, que la justificación de la irretroactividad de la ley penal más grave se halla en la protección de la seguridad jurídica y la libertad personal[345].

1. Nociones fundamentales

808 Si todos los delitos fueran instantáneos y si la reacción social (juzgamiento y ejecución de sanción) contra los autores fuera inmediata, casi no se presentarían problemas en relación con la sucesión de las leyes penales en el tiempo.

809 Esto no sucede en la realidad, diversos son los casos en que la acción delictuosa es descrita por el legislador como un hecho que tiene lugar en un lapso determinado (delito continuado, permanente, etc.); todo proceso penal puede durar bastante antes de culminar con una sentencia, en la que se impone una pena; la que con frecuencia consiste en privación de la libertad por cierto tiempo. De modo que la ley vigente puede ser modificada o derogada mientras se comete la infracción, durante el desarrollo del proceso penal o la ejecución de la penal impuesta.

810 Para resolver los problemas que esto origina, el legislador ha elaborado una serie de reglas comprendidas en el Capítulo II, Aplicación temporal, del Título I del Libro primero (arts. 6 a 9) y la cuarta disposición transitoria.

811 La comprensión del sentido de cada una de las reglas contenidas en dichas disposiciones, presupone la determinación de lo que significan las expresiones ley penal y ley más favorable.

2. Modificaciones de la ley penal

812 La expresión ley penal comprende todas aquellas normas legales que determinan la situación jurídica de un imputado y de la cual depende la posibilidad, el tipo y la forma de su punición[346]. Es decir, no sólo las disposiciones que describen los actos delictuosos, como las de la parte especial del Código o las de las leyes complementarias, sino también las contenidas en la parte general. Entre estas hay que señalar, a manera de ejemplo, las referentes a las causas de justificación, de inculpabilidad y a las clases de pena.

---

345 TRAEGER, 1908, p. 355; HAFTER, 1946, T. I, p. 44; MANZINI, 1939, T. II, p. 34; JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964, T.II, p. 626.

346 TROENDLE, 1974, § 2, N° 39.

Así mismo, deben considerarse las normas jurídicas no penales (p. ej., civiles o administrativas) que condicionen de modo substancial la existencia o los alcances de una incriminación.

Las modificaciones a la ley penal pueden ser directamente realizadas por el legislador, o pueden ser el resultado indirecto del dictado de una ley, que no pertenece al derecho penal sustantivo. Numerosos son los casos de la primera clase; basta pasar revista a las diversas modificaciones efectuadas al Código. Son menos frecuentes, los que podrían ser clasificados en la segunda. Estos últimos, se presentan, en particular, cuando en la misma disposición penal se incorpora un factor que puede ser modificado mediante una ley que no tenga éste carácter. Por ejemplo, el límite entre, por un lado, los delitos de hurto (art. 185) y de daños (art. 205) y, por otro, las faltas contra el patrimonio (art. 444, pf. 1) depende del monto que representen cuatro remuneraciones mínimas vitales. Del mismo modo, la separación entre el delito de abigeato (art. 189-A) y la falta prevista en el art. 444, pf. 2, depende del monto que comporte el tercio de la UIT. De modo que las disposiciones legales que modifiquen el *quantum* de la remuneración mínima vital o de la UIT, implicarán cambios esenciales de las disposiciones penales indicadas. Así mismo, el contenido del art. 230, que reprime un delito contra los bienes culturales, depende de que los bienes objeto del comportamiento imputado al agente hayan sido, antes, declarados como tales. Igual efecto tienen las modificaciones que se hagan de las listas I y II-A de las substancias calificadas de drogas que pueden ser objeto del delito de tráfico ilícito (art. 296). Conforme a la disposición complementaria 86 del DL N° 22095: "La inclusión de una nueva sustancia o la exclusión de alguna de las comprendidas en las listas anexas, podrá hacerse por Resolución Suprema, refrendada por el Ministro de Salud". Si una sustancia es agregada o suprimida de estas listas, el hecho de comercializarla sin autorización constituirá o no delito, según los casos. Teniendo en cuenta que la modificación tiene lugar mediante una norma de inferior jerarquía resulta cuestionable la constitucionalidad de la modificación de la ley penal. 813

Podría presentarse un caso de este tipo de modificaciones si el legislador cambiara las disposiciones civiles sobre el derecho de posesión o propiedad. Algunos delitos contra el patrimonio, como la apropiación ilícita, podrían ser alterados en sus elementos. Lo decisivo es que la modificación de la ley no penal represente una alteración verdadera de la norma jurídico penal. Así, la ley que declare fuera de circulación uno de los tipos de papel moneda de curso legal en el país no puede determinar que los actos de fal- 814

sificación de la moneda excluida ya cometidos dejen de ser considerados como delitos. En este caso, no varía la norma penal, el objeto de la tutela penal sigue siendo el mismo (la moneda)[347].

815 También han de considerarse dentro de las modificaciones de la ley penal, aquellas que son una variación de la ley que complementa una ley penal en blanco[348]. Por ejemplo, si se modifican las disposiciones civiles a que se hace referencia en el art. 192, inc. 1[349]; o la ley que fija el límite del interés que debe superarse en un contrato de crédito para que sea cometido el delito de usura (art. 214), o se dictan o derogan las leyes por las que se especifica qué especies de flora o fauna acuática son en especial protegidas (art. 309).

3. Leyes interpretativas y correctoras

816 Existen dudas, por el contrario, para considerar como "nueva ley penal" a las denominadas leyes interpretativas y leyes correctoras.

817 Un ejemplo de estas últimas, aun cuando no de actualidad, es el DL N° 18140, del 10 de febrero de 1970. Mediante este Decreto se corrigió la omisión de una palabra en que se había incurrido en el art. 3 del DL N° 17388, del 24 de enero de 1969, al disponerse la modificación del art. 199 del CP de 1924. Tratándose de menores entre 7 y 16 años, se intentaron distinguir los casos en que el agente incurría o no en la circunstancia agravante prevista en el pf. 3 de la misma disposición; pero como se omitió un "no" resultó que no se indicaba la pena para quien violaba a uno de estos menores sin incurrir en la circunstancia agravante, mientras que se preveían dos penas diferentes para cuando esta circunstancia existiera. Como era cuestión de un error material de técnica legislativa y no implicaba ningún cambio sustancial en la descripción del delito ni de la circunstancia agravante, el decreto ley, por el que se enmendó el error, no podía ser considerado como una nueva ley. El error hubiera podido ser corregido mediante la interpretación del texto legal. Quien entonces hubiera violado a uno de los menores indicados, no podía alegar impunidad invocando la irretroactividad de la ley, ya que tanto el delito como la pena estaban en realidad previstos[350].

---

347 Soler, 1976a, T.I. p. 193; Troendle, 1974, § 2, N° 40.

348 García Cavero, 2008. p. 106 ss.

349 Según el texto de esta disposición será reprimido: "el que encontrare perdida una cosa que no le pertenezca o un tesoro, y se apropiare de la cosa o la parte del tesoro correspondiente al propietario del suelo, sin observar las prescripciones del código civil".

350 Cfr. Jiménez de Asúa, 1964, T. II, p. 66.

En cuanto a las leyes interpretativas, la solución no puede ser idéntica. Y la explicación es que mediante ellas el legislador puede, en realidad, modificar a fondo una ley penal, ampliando o restringiendo su campo de aplicación. 818

Al estudiar el principio de legalidad[351], hemos constatado cómo el legislador peruano, mediante la reglamentación de leyes o decretos leyes generales que contienen normas penales, interpreta estas últimas y llega a ampliar sus alcances. Recordemos, a título de ejemplo, el caso del DL N° 19609, del 21 de noviembre de 1972, que en su art. 5 estatuía la represión penal de la "persona responsable de la conducción de las instituciones de salud públicas y privadas", cuando en los establecimientos a su cargo no se prestara "atención médico-quirúrgica" a las "personas que se encuentren en riesgo grave de salud o vida", a causa de situaciones de emergencia; y como en el reglamento de ese decreto ley, DS N° 0023-73-SA, del 25 de enero de 1973, art. 8, se dispuso que era responsable de este delito el "médico que efectúa la calificación" del estado de salud del paciente, "solidariamente con los representantes de la Institución". De esta manera precisó quiénes eran las "personas responsables de la conducción de las instituciones de salud". Pudo haber señalado someramente, también, a otras, que por diferentes motivos considerara necesario reprimir. El recurrir a esta técnica legislativa constituye un abuso de poder, por lo que en los casos en que se presenta y sean admitidas las nuevas disposiciones, éstas deben ser sometidas a las reglas de la validez temporal de la ley[352]. Las disposiciones citadas han perdido relevancia penal, pues, la sanción prevista para los responsables fue suprimida, indirectamente, al ser derogadas mediante el DLeg N° 121, art. 12, las disposiciones del Código Sanitario a las que el DL N° 19609 hacía referencia. Estas circunstancias hacen de este caso un claro ejemplo de la deficiente técnica legislativa usada, frecuentemente, entre nosotros. 819

4. Leyes procesales y de ejecución penal

En doctrina, se admite, con frecuencia, que la expresión ley penal no comprende las leyes procesales y las leyes sobre ejecución de penas. 820

Por la multiplicidad de problemas que implica este criterio, lo estudiaremos en acápite aparte, en este mismo capítulo[353]. 821

---

351 Cfr. *supra*: N° 407 ss.

352 JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964, T. II, p. 660.

353 Cfr. *infra* N° 894 ss.

VI. Retroactividad de la ley penal más favorable al momento de sentenciar

1. Fundamentos

822 El punto de partida es el principio *tempus regit actum*[354]. Así, el art. 6 dispone que la ley aplicable es la vigente en el momento de la comisión de la infracción. Esta regla general es confirmada, en la segunda parte de la disposición citada, al admitirse la posibilidad de que "no obstante" -como excepción- se aplicará la ley más favorable dictada después de la ejecución del hecho punible. Lo mismo se puede decir respecto a la segunda posibilidad creada por la excepción señalada y consistente en que la ley vigente en el momento de la comisión del delito, pero modificada o derogada por una nueva ley más severa, sea aplicada en el momento de juzgarse al responsable. Esta supervivencia de la ley precedente es denominada ultractividad de la ley más favorable. Se trata de la solución clásica adoptada en la mayor parte de las legislaciones[355].

823 La justificación para aplicar la ley posterior más favorable es de naturaleza político-criminal. Si en este caso, se pretendiera seguir aplicando la ley vigente en el momento de la comisión del acto, se reprimiría al agente en virtud de una "concepción jurídica desechada por el mismo legislador"[356]. Esto es evidente, en particular, cuando el legislador deja de considerar como delictuoso un comportamiento previsto en la ley como tal. Así mismo, según el criterio de proporcionalidad la aplicación de la ley vigente en el momento del hecho sería desmesurada, tanto por razones jurídicas como de política criminal, en comparación con la ley vigente en el momento del juzgamiento[357].

---

354 Cfr. *supra* N° 796 ss.

355 Algunos autores han sostenido un criterio, diferente: la ley nueva se aplica inmediatamente, salvo que la ley anterior sea más favorable; entre estos es de citar: SEEGER, 1962, p. 82 ss.; GABBA, 1891, p. 336 ss.; ROUBIER llega a la misma conclusión partiendo de su "teoría de la situación jurídica" y negando validez a la presunción de la superioridad de la nueva ley, afirmada por los autores antes citados. Por último LEVASSEUR, 1971, p. 192 ss., afirma lo mismo que los defensores de la concepción clásica; pero parte de la "teoría de la situación jurídica" de ROUBIER, y no por la sentencia, como sostenía ROUBIER. Los defensores de la escuela positivista italiana difendieron la retroactividad de la ley penal por razones de defensa social. Cfr. FLORIAN, T. I. p. 201 ss. Para una más amplia visión de la evolución de la doctrina, consultar: JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964, T. II, p. 612 ss.; MERLE-VITU, 1997, p. 264 ss.

356 MAURACH/ZIPF, 1992, § 12 N° 2.

357 TIEDEMANN, 1974a, p. 193 ss.

Hubiera sido injusto juzgar y castigar, por ejemplo, en virtud del art. 212 del CP de 1924 al casado que mantuvo relaciones sexuales fuera de matrimonio antes de la entrada en vigencia del actual Código, ya que en éste no se reprime más el delito de adulterio. 824

2. Ley penal más favorable

En el art. 6, el legislador dispone que "se aplicará la [ley] más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales" (inc. 1) y que si "durante la ejecución de la sanción se dictare una ley más favorable al condenado, el juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponda, conforme a la nueva ley". Por último, indica que 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".[358] Disposiciones que deben ser interpretadas y aplicadas conforme al art. 139, inc. 11 Const., en el que se estatuye como garantía de la administración de justicia "la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales". 825

Del texto de estas reglas nada se deduce de cómo debe determinarse cuál es la ley más favorable (*lex mitior*). En un principio, puede considerarse que, en ciertos casos, basta con comparar las leyes en cuestión. Así, si la ley modificada, vigente en el momento de la comisión del delito, preveía sólo pena de multa para reprimir al autor y que la nueva ley, vigente al momento del juzgamiento, sanciona ese delito con una pena privativa de la libertad, bien puede pensarse que la nueva ley es más favorable. Esta comparación abstracta no está de acuerdo con el art. 2, en el que se dispone, como en el artículo de la Constitución, que se aplicará la ley más favorable al condenado. Esto significa, por un lado, que la comparación se haga mediante la aplicación de las dos leyes y se escoja la que dé el resultado más favorable. No se trata, por lo tanto, de comparar sólo la severidad de las penas, sino todos los factores de los que depende la posibilidad, el tipo y la forma de punición[359]. Por otro, la calificación de más favorable, según el texto expreso de la ley, debe fijarse en relación con el "condenado", mejor dicho con el procesado que será reprimido. En consecuencia, no es cuestión de 826

[358] ES del 15 de enero de 2010, Exp. N° 002957-2009, en http://servicios.pj.gob.pe/jurisWeb/faces/searchResult_2.jsp.

[359] Cfr. Bruns, 1967, p. 51 ss.

precisar cuál de las leyes en conflicto, consideradas como coexistentes[360], es la menos severa en general, sino en concreto[361] respecto del imputado. En relación con el ejemplo dado al inicio de este párrafo, puede imaginarse que la ley que prevea la pena más severa admita de manera más amplia la concesión de la condena condicional o de la libertad provisional[362], lo que puede significar que sea más benigna para el procesado y si fueran varios, bien puede suceder que no sea la misma ley la escogida como la más favorable. Por esto, resulta inoportuno el análisis de determinados casos abstractos que realizan ciertos autores, con el fin de extraer reglas generales. Esto puede conducir a malos entendidos y errores.

3. Abrogación de una disposición que reprime un hecho

827 Dejar de calificar como delito un hecho que era reprimido como tal por la ley precedente[363] es, sin duda, un caso de la ley más favorable. Es, tal vez, el único caso en el que se puede afirmar, por una comparación en abstracto, cuál es la ley más favorable. Está comprendido en el art. 6, pf. 1, por tanto, resulta innecesario declararlo de manera expresa, como se hacía en el Código derogado. El legislador creyó, entonces, conveniente estatuir, en el art. 9, *ab initio*, que nadie "puede ser penado por un hecho que según la ley posterior no constituye delito". Esta regla fue retomada en el Proyecto de 1985 (agosto), pero luego abandonada. La riña y el adulterio, previstos en el CP de 1924, fueron suprimidos en el vigente; se incorporaron numerosos nuevos delitos; baste citar los delitos contra el medio ambiente (arts. 304 ss.) y contra el patrimonio cultural (arts. 226 ss.).

4. Principio de la combinación de leyes penales

828 En la doctrina y jurisprudencia, en oposición a lo afirmado antes, se ha interpretado el art. 6 en el sentido de que "permite la aplicación del principio de combinación de leyes, tomando lo más favorable de las leyes aplicables

---

360 SOLER, 1976a, T. I, p. 193; MARINUCCI/DOLCINI, 2006, p. 76 ss.; COBO/VIVES, en COBO DEL ROSAL Y OTROS, 1999, p. 73 ss

361 ES del 10 de junio de 1998, Exp. N° 1697-98-Lima, en *NL*, T. 271, Trujillo, Diciembre 1998, p. A-17.

362 Respecto a la prescripción ver: ES del 18 de setiembre de 1997, Exp. N° 4117-97 Puno, en ROJAS, 1999, p. 241; ES del 18 de diciembre de 1991, Exp. N° 369-91-Huánuco, en *AJ*, 1999, p. 91.

363 ES del 10 de junio de 1998, Exp. N° 4210-97-Puno, en PRADO, 1999, p. 52.

al caso"[364]. Así, en una inicial concepción sostenida por la Corte Suprema, respecto a saber si ha prescrito la acción penal en el caso del delito de receptación, cometido durante la vigencia del Código derogado y estando vigente el Código actual,[365] los jueces comprobaron, primero, que, en el CP de 1924, se preveía, por un lado, la pena máxima de prisión no mayor de dos años (art. 243) y, por otro, el plazo de prescripción de la acción penal de cinco años en caso de una pena del mismo tipo (art. 119, inc. 4). Segundo, que según el Código, la pena era no mayor de tres años y el plazo de prescripción de la acción penal de cuatro años y medio (conforme al art. 83: el máximo de la pena prevista para el delito incrementada en una mitad). Concluyendo que debía tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 243 del Código derogado (pena de dos años) y en el art. 83 del Código vigente y, en consecuencia, admitiron que la acción penal ha prescrito ya que habían transcurrido más de tres años desde la comisión del delito.

Así, los jueces tomaron en cuenta, de manera separada, las diversas disposiciones de las dos leyes penales en conflicto; es decir, el Código derogado y el nuevo Código. Consideraron, en realidad, cada disposición aplicada como una ley y, al mismo tiempo, efectuaron una comparación en abstracto. Por esto es que les bastó escoger la disposición, de uno de los códigos, que prevé la pena menos severa (ley favorable) y la que establece un plazo de prescripción de la acción penal menos largo (ley favorable). De esta manera, aplicaron, en realidad, una ley que no existe, pues, en ninguno de los códigos aparecen, conjuntamente, las dos disposiciones más favorables. 829

Contra este criterio e invocando lo dispuesto en la Constitución, los jueces de la Corte Suprema[366], en un caso relativo también a la prescripción de la acción penal, rechazaron el principio de combinación. Afirmaron que si "bien este supremo tribunal en reiterada jurisprudencia ha establecido la posibilidad de aplicar el principio de combinación, conforme al art. 6 del Código; sin embargo, en atención a la facultad conferida por el art. 22 del TUO de la LOPJ, es el caso precisar que dicho principio no se puede aplicar de manera irrestricta, sino que debe respetar la coherencia normativa de las instituciones en comparación, a fin de evitar su desnaturalización y la creación judicial de una tercera norma, lo que es incompatible con nuestro 830

364 ES del 20 de enero de 1998, Exp. N° 6459-97-Ica, en ROJAS, 1999, p. 91.

365 ES del 5 de abril de 1994, Exp. N° 3437-93-Lima, en ROJJASI, 1999, p. 81. Cfr. ES del 9 de diciembre de 1994, Exp. N° 590-93-B-Lima, en GÓMEZ MENDOZA, 1996, p. 314.

366 ES del 20 de noviembre de 1998, Exp. N° 2476-98-A-Lima, en PRADO, 1999, p. 452.

sistema constitucional". Si bien el resultado del razonamiento es correcto, la argumentación no es clara ni suficiente; en particular, por la manera como en otros párrafos de la sentencia se invocan criterios de política criminal, sin explicar por qué el principio de combinación es contrario a la Constitución.

831 Esta diversidad de criterios, contraproducente para una correcta y uniforme administración de justicia, dio lugar a que se analice el problema en el II Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema del 13 de octubre de 2006. El acuerdo adoptado en mayoría[367], AP N° 02-2006/CJ-116, se pronuncia en favor de la combinación de los aspectos más favorables de las leyes en conflicto temporal. En los Fs.Js. 10 a 13, se sostiene que es "posible que se pueda elegir de entre dos leyes penales sucesivas en el tiempo, los preceptos más favorables, en virtud al 'principio de combinación' que permite al juzgador poder establecer una mayor benignidad penal a favor del reo". Luego, afirman que es "congruente con la finalidad esencial de favorabilidad que se pueda reconocer -dentro de las leyes penales- los preceptos que más favorezcan al reo, pues si se autoriza escoger entre dos leyes distintas -íntegramente- en el tiempo, resulta coherente y razonable que puedan combinarse, para buscar un tratamiento más favorable al reo". Enseguida, dicen que cabe "enfatizar que con ello no se esta creando una tercera Ley o Lex tertia, sino que se esta efectivizando un proceso de integración de normas más favorables al reo, que no colisiona con los contenidos del principio de legalidad". Además, en su opinión, esta concepción guarda concordancia con el principio de necesidad de la intervención penal, porque cuando se producen variaciones en los preceptos que integran las normas penales y que favorecen al reo, es evidente que el legislador ha estimado necesario regular -en sentido benéfico- la intervención penal".

832 Tanto la argumentación como la conclusión son cuestionables. Afirmar que no se trata de un problema de tercera ley (*lex tertia*), sino de una interpretación integradora del art. 6, no es correcto ya que, en realidad, se efectúa una reducción teleológica del texto, en la medida en que se excluye la confrontación de las leyes tomadas globalmente para sólo limitarla a la de las disposiciones en particular. Ni el artículo constitucional, ni el del Código se refieren a aplicar, en caso de conflicto temporal, los aspectos de las leyes opuestas que sean más favorables al acusado[368]. En contra de esta

[367] AP N° 02-2006/CJ-116.

[368] En este sentido y con más detalles, Caro Jhon, 1994, p. 733 ss., en particular 738 ss. Cfr.

observación, se invoca la voluntad del legislador, afirmando que éste "ha consagrado el 'principio de combinación' en la Exposición de Motivos del Código vigente, a cuyo efecto ha señalado que "en acatamiento del art. 233, inc. 7, Const. de 1979, 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 leyes aplicable, ya fuese la precedente, la subsecuente, o la intermedia, según consagra el art. 7 del CP de 1924, por el nuevo principio de la combinación, que toma lo más benigno que tenga cada una de las normas sucesivas".

Ahora bien, la "voluntad" del legislador no es siempre factor decisivo para 833
interpretar correctamente la ley aunque sea bastante útil para dar al texto legal, entre los posibles sentidos que tiene, aquel que sea el más justo. Pero fuera de esto y, sobre todo en el caso que nos ocupa, es indispensable determinar si el pasaje citado en el acuerdo es, verdaderamente, la "voluntad del legislador". Lo cierto es que si bien la citación corresponde a una "exposición de motivos", ésta explica sucintamente el contenido del Proyecto de 1990[369] y no corresponde del todo a lo previsto en el texto definitivo del Código vigente. Así, el párrafo citado en el Acuerdo es conforme al texto del art. 11, pf. 1, de dicho Proyecto. Disposición que dice literalmente: "se aplicará lo más favorable al reo". Mientras que el texto definitivo del art. 6 estatuye que "se aplicará la más favorable al reo". Expresión que se refiere claramente a una de las leyes en conflicto, pues previamente esta misma disposición expresa: "La ley aplicable es la vigente en la comisión del delito" y agrega: "No obstante, se aplicará la más favorable al reo, en caso de conflicto de leyes en el tiempo". Lo que impone que se tome cada una de las leyes en su totalidad y excluye que de cada una se tome "lo más favorable".

La diferencia entre el texto del art. 11 del Proyecto de 1990 y el del art. 6 834
citado, muestra que se prefería la unidad en la aplicación de las leyes (alternatividad) y no la combinación de sus extremos más favorables al reo. Así mismo, salvaguardar la constitucional división de poderes e impedir la creación judicial de leyes.

Una solución intermedia entre las dos interpretaciones expuestas consiste 835
en distinguir las leyes simples o complejas indivisibles de las leyes complejas divisibles. Por ejemplo, las diferentes normas legales dictadas sucesi-

---

GARCÍA CAVERO, 2008. p. 168 ss.; VILLAVICENCIO, 2006, p. 179; CASTILLO ALVA, 2002, p. 119 ss.; FIGUEROA NAVARRO, 2009, p. 75 ss.

369 Separata del diario El Peruano del 17 de julio de 1990.

vamente para definir o establecer la pena del delito de terrorismo. En este caso, se debería comparar cada uno de los decretos o leyes en su conjunto para fijar cuál es la ley más favorable. Por el contrario, en cuanto a las leyes complejas, se podrían comparar sólo las disposiciones a condición de que sean divisibles y se "tomen preceptos íntegros de cada una de ellas para aplicarlos al caso preciso". También, se dan como ejemplos[370], por un lado, la disposición modificatoria de los plazos de prescripción, que no podría ser combinada con otra disposición que fijase la pena (aplicación alternativa de leyes en conflicto) y, por otro, la regla que dispondría consecuencias jurídicas del delito que no estarían previstas en la otra norma legal. Caso en el que si procedería combinar las normas en conflicto tomando sus aspectos más favorables, porque permite diferenciar cada consecuencia jurídica, lo que forma parte de la función de los jueces. Lo que supondría que la ley más favorable se determina sólo en cuanto a las penas principales y no a las penas accesorias ni a las medidas de seguridad.

836 Esta propuesta asume en parte de las ventajas del criterio de la unidad o alternatividad de la aplicación de la ley favorable y aumenta las desventajas del criterio de combinación de leyes. Así, no establece claramente cómo deben distinguirse con precisión los casos planteados y, además, no explica suficientemente por ejemplo que no se tenga en cuenta las modificaciones respecto a las medidas de seguridad. En particular, considerando que éstas (el internamiento) son tan o más graves que las penas y que, en la práctica, no cumplen su papel relativo a los intereses sociales predominantes.

5. Momento de realización del delito

837 Según el art. 6, inc. primero, la ley penal aplicable es la vigente "en el momento de la comisión del hecho punible". Por lo tanto, es indispensable fijar en qué momento se considera el hecho como "cometido". Además, en el art. 9, se dispone que el "momento de la comisión de un delito es aquél en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar, independientemente del momento en que el resultado se produzca".

838 Ante todo, debemos recordar que la determinación del momento de la comisión del hecho es importante para diversas instituciones jurídicas. Debido a que estas instituciones son diferentes y variados son, así mismo, sus fines, no conviene aplicar un mismo criterio. Deberá distinguirse si se

[370] García Cavero, 2003, p. 170 ss.

trata de precisar el momento en que debe determinarse la imputabilidad o la peligrosidad del encausado, el inicio de la prescripción de la acción penal, etc. La solución depende del análisis de cada uno de estos institutos, a través de la especificación de sus características y de su "*ratio*", en especial del papel que en ellos juega el factor tiempo.

Tampoco debe confundirse este problema con el de la determinación del lugar de comisión de la infracción, importante para resolver los casos de aplicación de la ley en el espacio. Si bien es cierto que, como respecto a estos últimos, hay que tener en cuenta si se trata de un delito formal o de uno material, así como si se consuman instantáneamente o su realización se prolonga en el tiempo, también es correcto sostener que no es imposible en el plano lógico, determinar el momento de comisión del acto de manera diversa al lugar de comisión[371]. Para establecer el primero, resulta inconveniente recurrir al criterio de la ubicuidad, previsto en el art. 5[372]. Ambos problemas son de índole distinta, como diversos son, también, los fines perseguidos por el legislador mediante las disposiciones con que trata de regularlos. 839

Con las normas referidas a la validez espacial de la ley, el legislador busca asegurar la persecución penal. La aceptación de la teoría de la ubicuidad en este dominio, evita la existencia de conflictos de competencia negativos entre diferentes Estados[373]. 840

Por el contrario, las reglas sobre la validez temporal de la ley, tienden -partiendo del principio de legalidad- a completar y mejorar la garantía de seguridad de la libertad de las personas frente al poder estatal. Además, sólo el derecho penal en vigencia en el momento del acto permite responsabilizar al autor por su determinación culpable. El autor "no exterioriza esta determinación mediante el resultado, sino ejecutando con su acción o su omisión el acto definido como punible por la ley penal"[374]. Es preferible, por tanto, aplicar el principio del momento de la acción. 841

---

371 Siniscalco, 1965, p. 236. Este mismo autor cita como contrario a esta opinión a Gerland, 1921, p. 6; Bacigalupo, Arts. 7, en Conde-Pumpido/López Barja de Quiroga, 2007, p. 40 ss.; Gónzales Rus/Gónzales Tapia, en Cobo del Rosal y otros, 1999, p. 275 ss.

372 Cfr. Hafter, 1946, T.I, p. 43 y 72; Logoz/Sandoz, 1976, art. 2, N° 4. Contra Schultz, 1987, *FJS* N° 1203, p. 5. Bramont Arias, 1978, p. 239 ss.

373 Cfr. *supra* N° 633 ss.

374 Schultz, 1987, *FJS* 1203, p. 5; idem 1982b, T. I, p. 95; cfr. Villa Stein, 2008, p. 162; Kindhäuser, 2006, § 8, N° 1 ss.

842 El CP de 1924, no contenía disposición alguna respecto a este problema. Sin embargo, permitía aplicar el criterio del momento de la realización de la acción en la medida en que al regular el principio de legalidad, del cual se deduce la regla general del "*tempus regit actum*", se refería al tiempo en que había sido cometido el "acto u omisión". Por lo tanto, en este sentido debía comprenderse la expresión "perpetración del hecho punible" contenida en el art. 7 de dicho Código. El elemento temporal presente en el principio de legalidad es el mismo que de manera implícita contenía esta disposición. En ambos casos es determinante el momento en que el agente hace u omite y no el instante en que tiene lugar el resultado.

843 Correctamente, en el art. 9, siguiendo la opinión dominante en doctrina, se preve como momento de ejecución del hecho punible el de la perpetración de la acción por parte del agente o partícipes; y, en caso de omisión, en el que hubieran debido actuar.

844 Por la mención a la obligación de actuar y a la producción de un resultado, se percibe que el art. 9 ha sido establecido pensando en los delitos de omisión impropia o de comisión por omisión (art. 13). Sin embargo, no existe ningún inconveniente para considerar que comprende también los delitos de omisión propia. Estos se consuman con la simple abstención de parte del agente, ya que al preverlos en la ley no se hace depender su represión del hecho de que se produzca un resultado. Por lo tanto, con mayor razón procede aplicar la teoría de la acción para determinar el momento de su realización.

845 La referencia a los participantes en el art. 9 es correcta y conveniente. También respecto a éstos muestra ventajas la teoría de la acción. El carácter accesorio de la participación secundaria no juega aquí ningún papel. Son los actos de participación los que son determinantes, no el accionar del autor principal, a diferencia de lo que pasa en materia de localización de los hechos punibles en el espacio[375]. Por ejemplo, si el autor de un delito, cometido del todo bajo el imperio de la ley nueva, ha sido convencido por un tercero, cuando la ley antigua estaba todavía en vigencia, de cometer

375 Schultz, 1987, *FJS* 1203, p. 5; Cfr. también la doctrina alemana: Eser, en Schönke/Schröder, 2006, § 8 N° 5; Hoyer, en SK, AT 1, § 8 N° 4; Jescheck/Weigend, 1996, § 15 IV N° 2b.

este delito, los actos de instigación serán reputados haber sido ejecutados bajo el imperio de la ley antigua. El instigador será, por tanto, en principio reprimido según ésta; salvo si la ley nueva le es más favorable.

A pesar de que la ley no lo prevé de manera expresa, la regla del art. 9 es aplicable, como se deduce de su texto, a todas las variaciones de la ley que se hayan sucedido desde el momento del hecho punible (de comisión u omisión) hasta el momento en que se juzga al responsable (momento de dictarse la sentencia). Además, el legislador ha previsto, en este sentido, una regla especial para las denominadas leyes temporales. Así, en el art. 8, estatuye que las "leyes destinadas a regir sólo durante un tiempo determinado se aplican a todos los hechos cometidos durante su vigencia, aunque ya no estuvieren en vigor, salvo disposición en contrario". 846

6. Modificación de la ley durante la ejecución del delito

A diferencia de lo dispuesto en el del art. 7, pf. 1, del CP de 1924, el art. 6 no se refiere a que la modificación de la ley se produzca después de la perpetración del hecho punible, sino más bien a que se aplicará la ley vigente en el momento de la comisión del delito. De modo que comprende también los casos de cambios legales que tengan lugar mientras el hecho punible es ejecutado. Así, cuando la acción delictuosa se prolonga en el tiempo, ya sea que el tipo legal singular lo prevea (delito continuo o permanente; por ejemplo: la privación ilícita de la libertad, art. 152), o que, mediante una ficción, una pluralidad de acciones sea transformada por el legislador en un delito único (delito continuado, art. 49)[376]. 847

El delito continuado o sucesivo (*fortgesetztes Delikt*) es definido en el art. 49 como una pluralidad de actos ejecutivos que violan la misma ley, provienen de una misma resolución delictuosa y son cometidos en el momento de la acción o en momentos diversos. Esta pluralidad de actos es considerada como un sólo delito. De esta manera, en sus orígenes, se trataba de evitar la imposición de penas más severas en casos de reiteración. Este criterio ha sido admitido por nuestro legislador en la disposición citada. 848

[376] Cfr. *infra* N° 1133 ss.

849 Es incompatible con esta concepción afirmar que los últimos actos ejecutados por el agente son el factor decisivo para determinar el momento de la comisión del delito continuado y que, por tanto, debe aplicarse la nueva ley[377]. Si se aceptara que la nueva ley más severa fuera aplicable porque los últimos hechos fueron cometidos después de su entrada en vigencia, y para esto se arguyera que se trata de un sólo delito, se iría contra la clara y determinada finalidad de tal figura jurídica. Tampoco cabe aceptar que la entrada en vigor de la nueva ley determina un fraccionamiento del delito continuado, debido a que esto supondría la existencia de una nueva decisión. De esta manera desaparecería la unidad de resolución requerida para la configuración criminal. De modo que los actos cometidos durante la vigencia de la nueva ley deberían ser reprimidos conforme a ésta, sea o no más severa que la anterior; y los actos anteriores de acuerdo con la regla de "la ley más favorable".

850 Esta solución es inconveniente porque se basa en la ficción inaceptable de que toda persona conoce la ley. En nuestra opinión, debe partirse de que es necesario tener en cuenta la finalidad de la regla que regula el delito continuado. En nuestro ordenamiento, se trata de atenuar la pena, por lo que debe aplicarse "la ley más favorable" entre aquellas vigentes desde el inicio de su ejecución hasta el momento de la sentencia[378].

851 En lo referente al delito permanente o continuo, la situación es más compleja. Históricamente, su configuración no se orienta a evitar la severidad en la represión. Se trata, de un solo hecho punible; pero la determinación de las infracciones que merecen tal calificativo depende de la descripción contenida en el tipo legal. Ejemplo típico de delito permanente es la privación ilícita de la libertad (art. 152). El autor crea una situación antijurídica y, mediante actos u omisiones, la mantiene o no la hace cesar.

852 En un principio, resulta evidente que, fuera del caso de los delitos instantáneos, el momento en que se comete una infracción se inserta en la duración[379] de la comisión del comportamiento punible. Cuando entra en vigencia una nueva ley después de iniciado el hecho delictuoso y antes de

---

377 El § 2, pf. 2, del CP alemán estatuye: "si la amenaza penal variara durante la comisión del acto, es aplicable la ley vigente al término del acto". Cfr. TROENDLE, 1974, § 2, N° 61.

378 En favor del fraccionamiento del delito continuado y de la aplicación de la nueva ley en todo caso; SCHULTZ, *FJS* N° 1203, p. 5 ss.; ESER en SCHOENKE-SCHROEDER, 2001, §. 2 III, N° 13-15. Por la mantención de la unidad del delito continuado y la aplicación de la ley favorable, se pronuncia JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964, T. II, p. 636; en su apoyo cita a von LISZT-SCHMID.

379 Cfr. la expresión alemana "*Dauerdelikt*".

que éste sea finalizado, este delito que constituye una unidad, debe ser considerado cometido bajo el imperio tanto de la ley precedente como de la nueva que ha entrado en vigencia[380]. Esta circunstancia no está expresamente regulada en el art. 6, en la medida en que supone la sucesión de leyes en relación con un antes y un después de la comisión del hecho punible; pero no mientras se está cometiendo.

En consideración de la índole de este tipo de delitos, debe aplicarse un criterio discriminador. Si el comportamiento ya es previsto en una ley y la nueva sólo modifica la pena, ésta será aplicada al conjunto del comportamiento delictuoso sea favorable o desfavorable al imputado. Por el contrario, si la nueva ley comporta un cambio en los fundamentos de la punibilidad del comportamiento, ésta sólo se aplicará a los actos cometidos después de su entrada en vigencia. De manera que si, por ejemplo, la nueva ley prevé un nuevo delito, los actos cometidos precedentemente, por tanto impunes según el principio de la legalidad, no deben ser considerados ni para establecer la responsabilidad ni para fijar la pena[381]. 853

La diferenciación de estas dos situaciones no está claramente presente en una sentencia del Tribunal Constitucional[382] referida a la desaparición forzada de personas. Después de exponer una serie de argumentos confusos, los magistrados afirman, por ejemplo, que "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". La confusión se da porque el caso se refiere a la comisión de la desaparición de personas antes de dictada la ley que la califica de delito y, por tanto, no debió decirse "en ese momento ejecuten el delito" sino más bien "que en ese momento (en que se dicta la ley incriminadora) se continúe ejecutando el comportamiento de desaparición de personas". Más clara es la opinión establecida en el AP N° 9-2009/CJ-116, emitida por los jueces supremos de lo penal respecto al mismo delito de desaparición forzada de personas, también considerado como delito permanente[383]. Los jueces afirman[384] que si "entra en vigor la ley que consagró el delito desaparición forzada de personas y se mantiene la conducta delictiva –de riesgo 854

380 Cfr. Eser, en Schönke/Schröder, 2006, § 8 N° 6.

381 Rudolphi, 1970, en SK, AT 1, § 2 N° 3 ss.; Maurach/Zipf, 1992, § 12 II N° 11; Jescheck/Weigend, 1996, § 15 IV N° 2b; Eser, en Schönke/Schröder, 2006, § 2 N° 13 ss.

382 STC del 18 de marzo de 2004, Exp. N° 2488-2002-HC/TC.

383 AP N° 9-2009/CJ-116, F.J. 14.

384 AP N° 9-2009/CJ-116, F.J. 15, B.

prohibido para el bien jurídico- por parte del agente estatal, la nueva ley resulta aplicable; no hay ninguna razón para no imputar la comisión del delito a partir de la vigencia de la nueva valoración socionormativa que expresó el tipo legal incorporado al ordenamiento penal". De manera igualmente clara, la CIDH, sostiene que por "tratarse de un delito de ejecución permanente, es decir, cuya consumación se prolonga en el tiempo, al entrar en vigor la tipificación del delito de desaparición forzada de personas en el derecho penal interno, si se mantiene la conducta delictiva, la nueva ley resulta aplicable" [385].

855 El criterio diferenciador admitido es en principio correcto, sin embargo debe ser prudentemente aplicado respecto a la primera hipótesis que admite la aplicación retroactiva de la nueva ley cuando sólo concierne la modificación de la pena del delito permanente. El riesgo es que se deja en manos del legislador una gran libertad para modificar a su arbitrio las consecuencias jurídicas del delito. Modificación que, dadas las circunstancias sociales o políticas, constituye, muchas veces, una reacción inmediata, apresurada y desmesurada.

VII. Modificación de la ley penal y cosa juzgada

1. Introducción

856 Hasta ahora, hemos analizado los casos en que las leyes se suceden en el lapso comprendido desde el momento de la comisión del acto y el momento en que se sentencia. Si bien no hemos aclarado cuál era este segundo momento, se comprende, fácilmente, que se refiere al de la sentencia definitiva. Es decir, al de aquella que crea la denominada cosa juzgada. La sentencia es firme por el vencimiento de los plazos fijados para impugnarla o porque los recursos presentados con este fin son declarados inadmisibles o infundados.

857 Por esto, cuando, por ejemplo, la Corte Suprema conozca de una sentencia dictada por un tribunal correccional, debido al recurso de nulidad presentado por el condenado, deberá aplicar la nueva ley que se haya puesto en vigencia después de pronunciada la primera sentencia y antes de que se absuelva el grado.

---

385 SCIDH del 26 de noviembre de 2008, caso Tiu Tojin vs. Guatemala, F.J. 87.

En doctrina, se ha discutido mucho sobre los efectos que pueden tener las modificaciones de la ley penal sobre la cosa juzgada. A causa de la intangibilidad de ésta, en general, se admite su ineficacia. Es el criterio imperante en Francia[386] y en Alemania[387] y, en Italia, se le reconoce eficacia sólo si la nueva ley descriminaliza el comportamiento causante de la condena[388]; lo mismo acontece en el derecho suizo[389]. 858

En el art. 6, incs. 2, y 7 se establecen criterios que siguen la orientación que acabamos de indicar. Estas disposiciones comportan ciertas dificultades debido a defectos de redacción y a la falta de reglas que faciliten su aplicación. 859

Estas reglas constituyen excepciones a la prohibición de revivir procesos fenecidos (cosa juzgada), establecida en el art. 139, inc. 13, Const. Según esta disposición, constituye garantía de la administración de justicia la "prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada". 860

2. Aplicación de la ley más favorable

Esta excepción se justifica por la importancia de los bienes afectados por una sentencia penal; la inutilidad de seguir reprimiendo con la misma pena un acto que -según la nueva concepción del legislador- merece un tratamiento menos severo o que no vale la pena seguir siendo considerado como delictuoso; y porque el formalismo de la intangibilidad de la cosa juzgada no puede tener los mismos alcances en materia penal que en la civil. El tratamiento diferente que se debe dar a la cosa juzgada en estos dos ámbitos fue destacado por nuestro legislador en la Exposición de motivos del Anteproyecto del CdePP y lo hizo con el fin de justificar la permanencia del recurso de revisión, introducido en nuestro ordenamiento mediante el Código procesal de 1920. Debido, quizás, a que tuvo presente las razones avanzadas por el legislador de ese año, al fundamentar el Anteproyecto del CdePP, no hizo alusión al art. 8 del CP de 1924, en el que ya se consideraban los efectos sobre la condena. 861

386 Cfr. Merle/Vitu, 1997, p. 270 ss.

387 Troendle, 1974, §. 2, N° 70 y la bibliografía citada.

388 Manzini, 1933, , p. 344 ss. Ver: CP italiano, art. 2, inc. 2 y 3.

389 Schultz, 1982b, I, p. 86.

862 El que no se considerarse esta disposición al elaborarse el Código procesal, impidió que no se previera la vía que permitiera la modificación de una sentencia firme, con base en el dictado de una ley que atenúa la represión después del fallo, puesto que entre los casos que podían dar lugar al recurso de revisión no se le enumeraba[390]. El Poder Ejecutivo, en lugar de promover una solución legislativa global, encargó a la Corte Suprema, sólo respecto a la aplicación de los DLegs N° 121 y 122, dictar pautas sobre la aplicación retroactiva de la ley prevista en el art. 8 del CP de 1924.

863 En el Código, se ha optado por la solución de la intervención de oficio del órgano judicial competente, en la medida en que se dispone, en el art. 6, inc. 2, que el juez "sustituirá la sanción impuesta". De modo que no es indispensable que sea a pedido del interesado. Sin embargo, éste resulta necesario frente a la imposibilidad práctica de que los jueces, que han dictado sentencia condenatoria, revisen de oficio cada una de las sentencias cada vez que se modifique la ley penal, hecho además bastante frecuente entre nosotros. La intervención de oficio es más claramente estatuida en el art. 7. Según esta disposición, en caso de derogarse la ley que reprimía el comportamiento por el que se condenó, la pena y sus efectos se extinguen de "pleno derecho".

864 En todo caso, tratándose de modificar una sentencia es necesario que sus alcances sean determinados por la autoridad judicial. Obviamente, esto no puede ser tarea de la autoridad administrativa, ni puede tampoco dejar de practicarse por insuficiencia de la ley procesal.

865 De las disposiciones del CEP se deduce el criterio de que la autoridad administrativa no hace sino cumplir con el mandato judicial. En este Código, se va, conforme a la legislación moderna, aún más lejos. El control de la ejecución de las penas privativas de la libertad es atribuido al juez de ejecución penal (arts. 147 a 152).

866 Del art. 6, inc. 2, se deduce que el juez deberá comparar las leyes en conflicto teniendo en cuenta las penas previstas y aplicará los nuevos márgenes penales si son más benignos respecto al condenado. Sin embargo, para fijar la nueva pena, dentro de estos límites, el juez deberá apreciar las circunstancias, pues es imposible que la disminución proporcional de la pena se haga por una simple operación matemática[391]. Un caso particular, es el pre-

390 Ver art. 361 CPP.

391 SP N° 2-2005/DJ-301-A, del 30 de septiembre de 2005, F.J. 4.

visto en el art. 7: la ley que prescribe la impunidad de un comportamiento es más benigna que la que le sancionaba como delito.

Los criterios divergentes aplicados en sendas ejecutorias supremas motivaron a los jueces del máximo tribunal a fijar directivas sobre la sustitución de penas por aplicación de la ley más benigna[392]. Con este fin, dedujeron del mismo art. 6 que si la nueva ley fija una pena más benigna, es obligatorio que se disminuya la impuesta conforme a la ley anterior[393]. Conforme a la inmutabilidad de la cosa juzgada[394], estatuyeron que los hechos y circunstancias atenuantes establecidos como probados en la sentencia condenatoria no pueden ser modificados por el juez al fijar la nueva pena. Por respeto al sistema de la indeterminación relativa de las penas del Código y a la inconveniencia de fijar reglas tasadas, afirmaron que la nueva pena debe fijarse de acuerdo con los criterios establecidos en los arts. 45 y 46, respetando estrictamente la proporcionalidad de acuerdo con la índole del ilícito y el grado de culpabilidad[395]. 867

Sobre la base de estas afirmaciones, los jueces dispusieron, por mayoría, las siguientes reglas: (1) obligación de sustituir la pena en ejecución cuando la nueva ley disminuye el marco legal abstracto; (2) respetar de manera absoluta los hechos declarados probados, y las circunstancias y factores reconocidos en el fallo como relevantes para la determinación judicial de la pena, los que son inmutables; (3) observar estrictamente los principios de proporcionalidad y de legalidad; (4) sustituir la pena fijada en el máximo o el mínimo legal conforme a la ley anterior con una nueva pena que corresponda al máximo o al mínimo legal fijado en la nueva ley; y (5) reemplazar la pena fijada por debajo del mínimo legal de acuerdo con la antigua ley por una pena inferior al mínimum legal fijado en la ley nueva[396]. 868

Finalmente, vale la pena precisar que la referencia a la substitución de la pena no debe conducir a error y hacer pensar que la modificación de la ley debe consistir sólo en la modificación de la pena. También se puede limitar de manera directa la sanción por otros medios; por ejemplo, con la incorporación de una causa de justificación: el Director de prisión condenado por un delito contra la administración de justicia, debido a que concedió 869

392 SP N° 2-2005/DJ-301-A, del 30 de septiembre de 2005,

393 SP N° 2-2005/DJ-301-A, del 30 de septiembre de 2005, F.J. 9.

394 SP N° 2-2005/DJ-301-A, del 30 de septiembre de 2005, F.J. 10.

395 SP N° 2-2005/DJ-301-A, del 30 de septiembre de 2005, F.J. 12.

396 SP N° 2-2005/DJ-301-A, del 30 de septiembre de 2005, F.J. 14.

permiso (no permitido por la ley) a un delincuente que aprovechó la ocasión para fugarse, podrá ser dejado en libertad si durante el cumplimiento de la condena se autoriza mediante la ley la concesión de tales salidas. En este caso, no se hace desaparecer un tipo legal. Más bien, el comportamiento es justificado conforme a la causa de justificación prevista en el art. 20, inc. 8: obrar "por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo". Así mismo, cuando se amplia el campo de aplicación de la condena condicional (elevar el límite de la pena cuya ejecución puede ser suspendida) o derogar una ley que no permitía su aplicación en el caso particular.

3. Circunstancias en que se da la modificación

870 En el art. 6, pf. 2, se establece que la nueva ley debe intervenir "durante la ejecución de la sanción". Esta regla es menos amplia que la prevista en el art. 8 del CP de 1924. De acuerdo con esta última, la nueva ley debía intervenir "después de la sentencia o durante la condena". De modo que, a diferencia de la norma vigente, podía aplicarse la nueva ley favorable aún a los casos en que el condenado no hubiera, por diferentes motivos (p. ej.: fuga, condena condicional), comenzado a cumplir con la pena que se le había impuesto. La nueva regla recuerda la fórmula española, la cual se refiere a que "hubiere recaído sentencia firme y el condenado estuviere cumpliendo la condena". Esta exigencia implica que el condenado deba ponerse a derecho, cuando haya evitado la ejecución de la condena (fuga, juzgamiento en ausencia), para poder beneficiarse de los efectos de la ley más favorable.

871 En todo caso, es evidente que no comprende los casos en que la sanción ha sido ejecutada. Esto es establecido de modo expreso en el art. 7, que regula el caso extremo relativo a la abolición de un delito. Este artículo se refiere a la "pena impuesta" y, por tanto, comprende tanto la que aún no ha sido ejecutada (sin importar la causa) como a la que se esté ejecutando. Una vez ejecutada totalmente la sentencia, la nueva ley no tiene ningún efecto. El delincuente no podría considerarse lesionado y pedir una reparación de parte del Estado. Esto es ratificado en la misma disposición, en la que -a diferencia del Código derogado- declara extinguidos los efectos de la pena impuesta (p. ej., sanciones accesorias, inscripción en el registro de condenas).

872 Estas consideraciones corresponden, sin duda alguna, a los casos en que se haya impuesto pena privativa de la libertad o inhabilitación, pero no a la pena pecuniaria.

La situación no es tan clara en relación con esta última pena de índole diferente a las demás sanciones. Podría considerarse que procedería la devolución de la suma pagada, en caso de que no se calificara más el comportamiento como delictivo y por el que se impuso la multa. Un argumento en favor de este criterio sería que una interpretación distinta puede implicar un trato diferenciado entre quien evita con malicia el cumplimiento de la multa y quien cumple con cancelarla: el primero sería favorecido. Si bien casos de esta clase pueden presentarse, su poca frecuencia y la posibilidad de que la multa sea convertida en prisión, no justifican un tratamiento diferente. En los demás casos, si ha sido cumplida no tiene influencia alguna la nueva ley; si su ejecución tiene lugar por pagos parciales (art. 23), su monto será disminuido según la ley favorable. 873

VIII. Medidas de seguridad y modificación de la ley

1. Regulación

La no aplicación de las medidas previstas en el Código derogado, a excepción del internamiento o colocación en un hospital de delincuentes inimputables, ha sido el factor decisivo para que su número haya sido limitado. Aún la aplicación de las pocas previstas en el Código vigente es muy incierta y convierte el análisis de la aplicación en el tiempo de las reglas que las prevén en un asunto casi puramente teórico. 874

Ante todo, recordemos que el principio de legalidad, art. 2 del Código vigente, se refiere tanto a las penas como a las medidas de seguridad[397]. De esta manera, el legislador va más allá del art. 2, inc. 24, lit. d, Const. que sólo se refiere a la pena. Lo que es posible en la medida en que no constituye una restricción de los derechos individuales que son protegidos por el principio de legalidad. De modo que no puede aplicarse una medida al autor de un hecho que no estaba previsto como delito antes de la entrada en vigor de la ley que la establece. En este sentido, se dispone, en el art. 72, inc. 1, que el agente deberá haber "realizado un hecho previsto como delito" (no hay delito sin ley previa). Tampoco, podrá aplicarse cuando, constituyendo ya delito, dicha medida de seguridad no estaba prevista en el momento en que fue cometido (no hay medida de seguridad sin ley previa). 875

397 Cfr. *supra* N° 447 ss.

876 El legislador, sin embargo, no ha tenido en cuenta todas las consecuencias del principio de legalidad al establecer las reglas sobre la aplicación temporal de la ley penal. Éstas están orientadas, sobre todo, a la determinación, en el momento de condenar, si el hecho es punible y, así mismo, a la individualización de la pena. La represión debe ser menos severa conforme a la ley más favorable al procesado. De modo que al establecerlas no se tuvo presente el caso de las medidas de seguridad; a pesar que en el art. 7, pf. 2, del derogado CP de 1924, se preveía que "se aplicará la ley vigente en el momento en que deban ser ejecutadas" y que en el Proyecto 1985 (art. I) se previera que "nadie puede ser... condenado a pena o medida de seguridad".

877 Esta falta de técnica, se manifiesta de manera evidente cuando, en el caso de dejarse de calificar un hecho como punible, se decreta la extinción de la "pena impuesta y sus efectos" (art. 7), sin hacer referencia a las medidas. No puede pensarse que se haya creído que éstas estaban comprendidas en los "efectos" de la pena impuesta, ya que la internación de inimputables se aplica a autores no culpables y, por tanto, no punibles. Esta deficiencia del Código no impide, sin embargo, que se sostenga, como simple consecuencia del principio de legalidad, que también respecto a las medidas de seguridad debe aplicarse la ley más favorable. Además, este criterio encuentra apoyo en el hecho de que, en el art. 6, pf. 2, se utilice el término de sanción, comprensivo de pena y medida de seguridad, para determinar la aplicación de la ley más favorable que entra en vigencia "durante la ejecución de la sanción".

2. Debate sobre la retroactividad de las medidas de seguridad

878 En doctrina y legislación, se admitió la retroactividad general de las leyes que estatuían medidas de seguridad, debido a que se partía de una concepción dualista estricta del sistema de sanciones. Dicha concepción se fundamentaba en una radical diferencia entre pena (sanción que causa sufrimiento, impuesta en relación con la culpabilidad del agente) y las medidas de seguridad (sanción de carácter preventivo que busca corregir o neutralizar al agente, impuesta según su peligrosidad). Se consideró que las leyes que preveían o modificaban las medidas tenían efecto inmediato, debido -justamente- a que se presumía que constituían un progreso; que favorecían al agente y que su aplicación dependía de su carácter peligroso. Desde esta perspectiva, se debía continuar aplicando la medida de seguridad, aun cuando durante su ejecución se derogara la disposición que declaraba delictuoso el acto que había dado ocasión a su imposición. Debido a que el

cambio en el juicio de valor del legislador sobre dicho acto o su convicción de que ya no era necesario reprimirlo no constituían una mutación que pudiera hacer variar el pronóstico sobre la peligrosidad del infractor, elaborado en función de su personalidad y no con relación al mero acto; el cual sólo brinda la ocasión para imponer la medida de seguridad[398].

879 A pesar de la aprobación casi general que recibió la regla de la retroactividad de las leyes referentes a las medidas de seguridad, diversos autores sostuvieron la necesidad de aplicarla de manera diferenciada. Exigían de que se tuviera en cuenta la índole de cada una de las reglas que las contenían y que comportaran una restricción de la libertad[399]. Este criterio fue imponiéndose en la doctrina, en la medida en que ganaba terreno la concepción de un dualismo relativo respecto a las relaciones entre la pena y las medidas de seguridad. El mismo que implicaba reconocer que algunas de éstas, como las privativas de la libertad, no se diferenciaban en esencia de las penas de ésta índole. Así mismo, prestar la debida atención al hecho de que el agente imputable sometido a una de ellas, lo experimentaba como una verdadera sanción. Así, se retorna al principio de legalidad, ya que el sujeto capaz de culpabilidad debe tener la posibilidad de conocer que puede incurrir en una sanción penal (pena o medida de seguridad)[400].

880 Todo esto determinó que se incorporara en la legislación de algunos países una regla, excluyendo la aplicación retroactiva de algunas medidas. Así, en el CP alemán se estatuye que las disposiciones referentes a las mismas son de aplicación retroactiva, salvo que la ley disponga lo contrario[401]. Esta manera de resolver el problema fue adoptada por la comisión que elaboró el Proyecto oficial de 1962 (§ 2, N° 6). Los autores del Proyecto alternativo de 1966 sostuvieron la aplicación total del principio de legalidad a las penas y medidas de seguridad y, por lo tanto, la sujeción de ellas a las reglas referentes a "la ley penal en el tiempo"[402]. Este criterio fue incorporado en el Proyecto del CP austriaco de 1964 (§ 1, inc. 2) y fue retomado en el § 1 del CP alemán de 1975[403].

---

398 Cfr. BRAMONT ARIAS, 1950, p. 240.

399 Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964, T.II, p. 660; THORMANN-VON OVERBECK, 1940, N° 15.

400 MARINUCI/DOLCINI, 2001, p. 259.

401 § 2, inc. VI: "Salvo disposición legal en contrario, las medidas de corrección y seguridad se han de decidir conforme a la ley que rija al tiempo de la decisión". Cfr. HASSEMER, 1990b, § 2, p. 143.

402 Ver: Alternativ-Entwurf, A.T., p. 31.

403 LEUKAUF-STENINGER, 1974, p. 33; FOREGGER-SERINI, 1989, sub § 1, p. 25 ss.

881 En el Código, como lo hemos indicado, se ha seguido el criterio de comprender en el principio de legalidad a las medidas de seguridad. Las reglas sobre la aplicación temporal de la ley penal deben, en consecuencia, ser interpretadas teniendo en cuenta todas las garantías que implica dicho principio. Para imponer las medidas de seguridad hay que considerar la ley más favorable, la misma que será más fácil de determinar respecto a las medidas que implican la privación de la libertad.

882 Son por tanto anticonstitucionales las normas que prevén la aplicación de medidas de seguridad *ante delictum* o con efecto retroactivo. Así, por ejemplo, en el art. 107, *ab initio*, del antiguo Código de Menores. se preveía la imposición de medidas a: "los menores que se encuentran en estado de abandono o peligro moral o que hayan cometido acto considerado como delito o falta...". Este tipo de disposiciones constituye una supervivencia de criterios superados y que figuraban en el derogado CP de 1924. En su art. 145, se estatuía: "Las autoridades competentes y los jueces aplicarán preventivamente las disposiciones protectoras de este título en todos los casos en que fuere necesaria la preservación o la asistencia de los niños o de los adolescentes moralmente abandonado, moralmente pervertidos, o en peligro moral, aun cuando todavía no hubieren cometido hecho reprimido como delito".

IX. Modificación de la ley referente a la ejecución de penas y medidas de seguridad

883 La extinción de la ejecución de la pena cuando la nueva ley dispone que el hecho sancionado en una norma anterior no es más punible es un caso claro de aplicación de la ley más favorable (art. 7).

884 El CEP (DL N° 654, del 31 de julio de 1991, regula la ejecución tanto de las penas privativas de libertad, restrictivas de libertad y limitativas de derechos, así como de las medidas de seguridad (art. 1) y hace referencia, en forma general, al "régimen penitenciario" (art. V) y al "Sistema penitenciario Nacional" (arts. X y 138). La inconveniencia de está terminología es evidente, en la medida que se trata de comprender todos los aspectos de la ejecución de las sanciones penales.

885 Respecto al dominio temporal, se dispone, en el art. VII, que la "retroactividad y la interpretación de este Código se resuelve en lo más favorable al interno". Disposición que se refiere a la aplicación en el tiempo de las

disposiciones legales relativas a la ejecución de penas, pero también a los problemas que pueden presentarse en su comprensión al momento de aplicarlas. Así, parece que se hace referencia a las dos hipótesis consideradas en el art. 139, inc. 11, Const. En el sentido de comprender, como no se hizo al redactarse el Código, que la norma constitucional hace referencia, mediante la expresión "en caso de duda" a los problemas de interpretación y, por la de "conflicto entre leyes penales", a la aplicación de éstas en el tiempo. Estas imprecisiones son debidas al afán de reiterar en las leyes los principios establecidos expresamente en la Constitución, sin el debido cuidado y coherencia.

886 Cuando se dice "retroactividad [...] de este Código", debe entenderse de toda norma legal referida a la ejecución de las sanciones penales. El hecho que la norma constitucional estatuya que nadie será "sancionado con pena no prevista en la ley", no es obstáculo para que se prevea que tampoco será sometido a una manera de ejecución de la sanción penal no prevista en la ley. De modo que una ley que agrave el régimen de ejecución de las sanciones penales no deberá ser aplicada al detenido que está cumpliendo una de estas sanciones. Por ejemplo, si la duración de la sanción disciplinaria del aislamiento (art. 27, inc. 5) fuera aumentada de treinta días a sesenta, la ley que dispusiera este último máximo sólo debe ser aplicada a los que hayan sido internados después de su puesta en vigencia. Como es una ley desfavorable a los demás detenidos se aplica el criterio de la irretroactividad de la ley más severa (art. VII del CEP).

887 Otro ejemplo es el relativo a la redención de la pena mediante el trabajo. Según el art. 44 del CEP, ésta corresponde a "un día de pena por dos días de labor efectiva". Mediante la Ley N° 27770, del 21 de junio de 2002, se ampliaron las excepciones de aplicación de esta regla a los responsables por delitos contra la administración de justicia (art. 1 y 2). En el art. 4, se dispone que la redención de la pena por el trabajo y la educación en el caso de los condenados por los delitos indicados en los dos primeros artículos se hará "a razón de un día de pena por cinco días de labor efectiva o de estudio debidamente comprobada". También, se puede considerar el caso del beneficio de la semi-libertad, que puede ser concedida al sentenciado, según el art. 48 del CEP, "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 art. 183 del CPP". Esta regla también ha sido modificada por la Ley N° 27770, respecto a los delitos

contra la administración pública, fijando que sólo procede "cuando se haya cumplido las dos terceras partes de la pena y...". En ambos casos, la cuestión a determinar es la de si esta ley, que agrava lo dispuesto en el citado Código, debe o no ser aplicada con efecto retroactivo.

888 La respuesta depende del punto de referencia que se tome para especificar qué casos son considerados como anteriores a la entrada en vigor de la nueva ley[404]. Respecto a las leyes que conciernen las condiciones de punibilidad de un comportamiento y las referentes a las sanciones penales (derecho penal sustantivo), se admite, el momento en que el delito ha sido cometido, conforme al principio de legalidad. Este momento no puede ser considerado respecto a las disposiciones legales relativas a la ejecución de penas o medidas de seguridad. El mismo art. VIII del CEP se refiere a su propia retroactividad y, por tanto, sólo puede tomarse en consideración el momento en que corresponde aplicarlo. El orden jurídico no reconoce a las personas el derecho a que les sea ejecutada la sanción, una vez condenadas, según la manera como era aplicada cuando cometieron el delito por el que han sido penadas. Las leyes penales buscan más bien que no cometan delitos. De este hecho ilícito no puede deducirse un derecho como el indicado. La situación es distinta en cuanto a las garantías que se brinda a todo procesado mediante el principio de legalidad y el debido proceso. Además, dicho Código, así como la Ley N° 27770, se refieren a las personas condenadas y suponen que estén cumpliendo sus penas. De manera que podría admitirse como criterio el momento en que se dan las condiciones para que sean otorgados. De esta manera, se podría disminuir el riesgo de que el Estado agrave las situaciones de algunos detenidos por otras razones que la correcta ejecución de las sanciones penales[405].

889 Una vez explicados estos criterios, resta abierta la cuestión de la conveniencia de admitir la retroactividad de las leyes sobre ejecución de sanciones penales más favorables. Su índole particular y su finalidad de lograr el mejor resultado en la ejecución de la sanción, hace muy difícil y delicada la aplicación absoluta de esta regla. En realidad, ésta debe concernir sólo a las disposiciones que están estrechamente relacionadas con la agravación o atenuación de la sanción penal. Por ejemplo, la aplicación de una ley que introduzca nuevas directivas en relación con la obligación de trabajar o con

404 Cfr. Meini Méndez, Ivan, http://www.unifr.ch/ddp1/articulos/a_20080526_29.pdf, N° II, 3.

405 Jiménez de Asúa, 1964, T. II, p. 680, dice que "el Estado no puede imponer mayores obligaciones que las establecidas por la ley, conforme a la cual fue pronunciada la sentencia condenatoria".

la clasificación de internados no debe depender si es o no más favorable que la precedente. De lo contrario, se multiplicarían los regímenes de ejecución en detrimento de la buena marcha del establecimiento de detención.

X. Leyes temporales y excepcionales

En principio, se admite que el calificativo de temporal dado a algunas leyes depende de que se fije con anticipación la duración de su vigencia, sea indicándose las fechas expresamente, sea refiriéndose a la duración de un suceso determinado (p. ej., una epidemia peligrosa). Fuera de estos casos claros, se ha propuesto calificar también de leyes temporales aquellas cuya vigencia está determinada por el contenido y fin de la situación que se regula. En la medida en que este criterio supone determinar, mediante la interpretación, la valoración jurídica[406] del suceso tomado en consideración, resulta inconveniente para determinar si deben aplicarse retroactivamente. 890

Aun cuando según el art. 8, se puede pensar que la expresión "leyes destinadas a regir sólo durante un tiempo determinado" implica una definición amplia de ley temporal, hay que admitir que, debido a la vaguedad de los criterios para precisar esta definición, resulta conveniente sostener que el art. 8 sólo se refiere a las leyes temporales en sentido estricto[407]. 891

De acuerdo con esta disposición, dichas leyes "se aplican a todos los hechos cometidos durante su vigencia, aunque ya no estuvieren en vigor, salvo disposición en contrario". Esto implica que se reconoce la aplicación ultractiva a dichas leyes, es decir se les considera como vigentes respecto a los delitos cometidos bajo su imperio temporal. Admitir el criterio opuesto significaría desvirtuar los alcances de las leyes temporales y constituiría una fuente de iniquidades, puesto que la imposición de las penas conforme a sus disposiciones se haría depender de la celeridad del procedimiento en cada caso particular. Además, en los últimos días de su vigencia, perderían su eficacia. Los delincuentes esperarían este período para, de ser detenidos y juzgados, escapar a la severidad de las sanciones penales. De esta manera, el objetivo de prevención general, que casi siempre motiva esta clase de leyes, no podría ser alcanzado[408]. El principio de la ley más favorable es, 892

406 Roxin, 2006a, § 5 N. 66; cfr. Marinucci/Dolcini, 2006, p. 82.

407 Este problema es particularmente importante en materia de derecho penal económico, Cfr. García Cavero, 2003, p. 199 ss., p. 204; Tiedemann, 2010, N. 158 ss.

408 Los argumentos esgrimidos por Bramont Arias, 1950, p. 237, en favor de la ultractividad

por el contrario, aplicable en relación con los actos anteriores a la puesta en vigencia de la regla temporal y, así mismo, en caso de substitución de ésta por una norma aún más severa.

XI. Leyes intermedias

893 Del amplio texto del art. 6 se deduce que la regla de la ley más favorable se aplica a todas las leyes que se suceden entre el momento de la comisión del hecho punible y el juzgamiento. El caso más frecuente del conflicto entre la norma anterior y la nueva ha servido de base al análisis realizado. Ahora, se trata de plantearnos la cuestión relativa a las leyes intermedias; es decir, aquellas que no estuvieron en vigencia ni en el momento de la ejecución del delito ni en el del juzgamiento. Este problema se presenta sólo cuando una de éstas es la más favorable de todas. El criterio doctrinal mayoritario está a favor de tener en cuenta la ley intermedia más favorable, considerando que el retardo en la administración de justicia no debe perjudicar al procesado. Sin embargo, de esta argumentación no se debe deducir que éste tenga el derecho a ser juzgado de inmediato[409]. En todo caso, tener en cuenta la ley intermedia más favorable, no contradice los criterios del art. 6 que tienen en consideración los momentos en que se comete el delito y es juzgado el agente.

XII. Leyes procesales

894 Ni el Código ni el CdePP previeron reglas sobre la retroactividad o irretroactividad de las disposiciones procesales con relación al momento en que se cometió el delito que dio lugar al proceso. Cosa diferente es si el punto de referencia es el instante en que se ejecutó el acto procesal. En esta segunda hipótesis, se parte de que se aplica la ley vigente en el momento en que dicho acto fue llevado a cabo. Es importante tener en cuenta esto para comprender que algunos autores hablen de irretroactividad de la regla procesal, considerando que no afecta los actos procesales cumplidos durante la vigencia de la ley derogada o modificada[410].

---

de las leyes temporales son, desde nuestra perspectiva, también aplicables al caso de las leyes excepcionales.

409 Roubier, 1960, p. 480.

410 Cfr. Clariá Olmedo, 1960, p. 141.; Cobo/Vives, en Cobo del Rosal y otros, 1999, p. 84 ss

En la perspectiva que nos interesa, la cuestión es saber lo que sucede respecto a los procesos iniciados antes de la vigencia de la nueva ley procesal y, por lo tanto, en razón de un delito cometido con anterioridad. 895

En nuestro medio, en la doctrina, la jurisprudencia y la legislación, se ha admitido siempre la retroactividad de la ley procesal[411]. En cuanto a la legislación, señalemos a título de ejemplo, que en la Primera Disposición Complementaria del NCPP, inc. 4, se estableció que "a los noventa días de publicación de este código, entrarán en vigencia en todo el país los arts. 205 a 210 [el control de identidad policial, la videovigilancia, las pesquisas y el registro de personas]. El día 01 de febrero de 2006, se dispuso que entrarán en vigencia en todo el país los arts. 468 a 471 [el proceso de terminación anticipada] y el libro séptimo 'La Cooperación Judicial Internacional' y las disposiciones modificatorias contenidas en este Código". Si se considera que dicha disposición fue modificada, en primer lugar, por el artículo único de la Ley N° 28366, del 26 de octubre de 2004, disponiéndose la suspensión de la entrada en vigencia de los arts. 205 a 210 hasta el 01 de enero de 2005 y, en segundo lugar, por el art. 1 la Ley N° 28671, del 31 de enero de 2006, que estableció que el Libro Sétimo entraba en vigencia el 01 de julio del mismo año cabe admitir que se aceptó de manera implícita aplicación directa e inmediata a todos los procesos en curso. Como justificación se señaló que era objetivo del gobierno garantizar la seguridad de los ciudadanos, mediante un efectivo control social y, en buena cuenta, se afirmó que eran más favorables que las anteriores. 896

En doctrina, se considera que las leyes procesales se aplican de inmediato, aun a los procesos iniciados por infracciones cometidas antes de su entrada en vigor. Los argumentos utilizados son lo mismo que los esgrimidos en el extranjero. Se parte de la presunción de que las nuevas reglas procesales conducen a una "aplicación más exacta y justa de las leyes punitivas", y de la convicción de que ellas son "establecidas en el interés de la buena administración de justicia"[412]. 897

411 Cfr. García Rada, 1980, p. 14; Valle Randich, 1967, p. 103; Cornejo, 1932, p. 9; DL N° 10124, art. 5; DL N° 10202, art. transitorio; DL N° 15590, art. 4; DL N° 17083, art. 5; DL N° 18850, art. 2; DL 19030, art. 3; DL N° 19049, art. 7; DL N° 19962, art. 3. DLeg N° 124, primera disposición transitoria; DLeg N° 126, disposición transitoria. De opinión diferente, Mixán Mass, 1982, p. 45; San Martín Castro, 2003, Vol. I, p. 24 ss.

412 Jiménez de Asúa, 1964, T. II, p. 666.

898 Esta concepción no es del todo correcta. Deben dejarse de lado las ficciones o presunciones *a priori*; sobre todo, para resolver problemas como los que ahora analizamos. Si bien es justo pensar que, en general, la razón por la que el legislador modifica la ley procesal es la de mejorar la administración de justicia, no siempre ésta es la única o más importante. Con frecuencia el motivo es el afán de acentuar el efecto intimidatorio (prevención general) de la represión penal, lo que no corresponde siempre a un mejoramiento de dicha administración. Además, aun cuando el legislador actúe motivado por este interés, no siempre escogerá la solución correcta y justa.

899 Las modificaciones de la ley procesal pueden, también, significar -de ser aplicadas inmediatamente a los procesos pendientes- una agravación sensible de la situación jurídica del encausado. Tal fue el caso, por ejemplo, de la segunda disposición transitoria del derogado DL N° 17110, del 8 de noviembre de 1968 ("Normas para activar los procesos penales"), que dejaba sin efecto el recurso de nulidad interpuesto por un condenado contra la sentencia del tribunal correccional conforme a las normas procesales modificadas. El acusado tiene el derecho de que la ley le proporcione los medios y el procedimiento para hacer que se reconozca su inocencia o que se le disminuya la pena que considera excesiva. De modo que la "posibilidad de apelar o recurrir contra una sentencia, puesto que es consecuencia de la sentencia misma, debe regularse según la ley bajo cuyo imperio fue pronunciada"[413].

900 Este criterio fue admitido en el DLeg N° 124, del 12 de junio de 1981. En sus disposiciones transitorias (segunda y tercera), se dispone que los procesos afectados en su tramitación por la nueva regulación del procedimiento sumario continuaran realizándose -conforme al Código procesal- si se encuentran en los tribunales correccionales o en la Corte Suprema. Por el contrario, admite su aplicación inmediata, o sea su retroactividad plena, en los casos en que su tramitación haya comenzado. En el DL N° 257080, del 10 de setiembre de 1992, relativo a los procedimientos en los juicios por delitos de traición a la patria, se estatuyó que se aplique el procedimiento sumario establecido en el CJM y que el recurso de nulidad procede ante el Consejo Supremo de Justicia Militar. Su aplicación inmediata fue decretada al establecerse, en su art. 5, que se derogaban, modificaban o dejaban en suspenso, según sea el caso, las disposiciones que se le opongan. De esta manera, se agravó la represión penal en detrimento de las reglas del proceso debido.

---

413 JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964, T. II, p. 671.

El hecho que el procesado desconozca su derecho a utilizar un recurso de impugnación, no puede ser obviado alegando la ficción de que la nueva ley sirve mejor al interés de administrar bien la justicia. Sin embargo, esto tuvo lugar cuando la Corte Suprema afirmó, resolviendo un caso determinado por la aplicación inmediata del art. 191, inc. 5, de la derogada LOPJ, del 25 de julio de 1963, que "es lógico convenir que en el Tribunal Correccional termina el proceso", ya que el fin del legislador es acelerar los trámites. Pero, si bien es cierto que la celeridad procesal es una meta a alcanzar; no es menos cierto también, que la seguridad del procesado no puede ser sacrificada en beneficio de dicha celeridad. 901

Ahora bien, un paso decisivo hacía la aplicación de la ley procesal penal más favorable ha sido dado por el legislador del NCPP, el cual ha previsto en el art. VII, inc. 2 que la "Ley procesal referida a derechos individuales que sea más favorable al imputado, expedida con posterioridad a la actuación procesal, se aplicará retroactivamente, incluso para los actos ya concluidos, si fuera posible". En el mismo sentido, ha previsto en los incs. 3 y 4 de la misma disposición que las leyes que coacten la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas y las que limiten un poder conferido a las partes o establezcan sanciones procesales. La interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos. En caso de duda insalvable sobre la ley aplicable debe estarse a lo más favorable al reo. 902

XIII. Modificación de la ley y prescripción de la acción penal y de la pena

Entre los casos respecto a los cuales se discute sobre si el carácter de las disposiciones es penal sustantivo o procesal, las referidas a la prescripción de la acción penal y de la pena son de particular importancia[414]. Admitir que se trata de normas procesales, materiales o mixtas es determinante, en la concepción de los autores, para reconocer si tienen o no efecto retroactivo. Sin embargo, se debe también tener en cuenta de manera especial la función reconocida al criterio de la irretroactividad. 903

Atribuyen aplicación inmediata a dichas disposiciones, aun cuando agraven la situación del delincuente, quienes afirman que pertenecen al derecho procesal penal. Así, admiten *a priori* la bondad de las nuevas reglas 904

[414] Cfr. Jiménez de Asúa, 1964, T. II, p. 550 ss.; Roxin, 2006a, § 23 N° 41 ss.

respecto a las anteriores. En sentido contrario, se pronuncian quienes las consideran parte del derecho penal sustantivo. Los que sostienen el criterio mixto, no tienen una opinión unitaria sobre el particular. La discusión en Alemania ha sido bastante intensa debido al caso de los criminales de guerra nazis[415].

905 Para mejor analizar el problema, hay que distinguir dos situaciones de manera clara. La primera concierne los casos en que el plazo de prescripción se ha vencido. Entonces, la nueva ley no puede ser más invocada para revivir la acción penal o la pena impuesta ya prescritas. La segunda se refiere a la situación en que el plazo de prescripción aún no se ha cumplido. Si la nueva ley abrevia el plazo, el legislador manifiesta la falta de interés o de necesidad a seguir reprimiendo los autores de los delitos o a ejecutar la pena que se les impuso. Por tanto, es claro que resulta inconveniente e incoherente la supervivencia de la ley anterior que preveía un plazo de prescripción más largo. Por el contrario, si el plazo es prolongado, no es tan evidente la respuesta. Están a favor de aplicar la nueva ley desfavorable, quienes, partiendo de la idea que el principio de irretroactividad tiene como finalidad de garantizar que las personas sepan previamente con qué pena y en qué medida pueden ser sancionadas, afirman que el orden jurídico no reconoce al delincuente el derecho a la prescripción de la acción de la pena o de la pena. De modo que no tiene porque asegurar al delincuente cuanto tiempo debe esconderse para volver sin preocupaciones a la vida normal. Contra este criterio, sobre todo en países como el nuestro, se puede alegar que las prolongaciones de la prescripción pueden constituir armas para reforzar la represión del Estado y servir de coartada a su ineficacia.

906 El Código vigente, a diferencia del CP de 1924, no contiene regla alguna referente a la "extinción de la acción penal y de la pena". En el título I del Libro Cuarto de este último, art. 396, se establecía que las "disposiciones del Código relativas a la prescripción de la acción penal y de las penas, se aplicarán a las infracciones cometidas y a las penas pronunciadas antes de la vigencia del Código, en cuanto tales disposiciones sean más favorables al autor de la infracción. Se tendrá en cuenta el tiempo corrido de la prescripción antes de la vigencia del Código". De esta manera, el legislador resolvió de modo expreso el problema que analizamos[416].

---

415 WELZEL, 1967, p. 23, está a favor de la retroactividad; JESCHECK/WEIGEND en contra, 1996, AT, § 15 IV 4.

416 Es interesante señalar que este es el criterio admitido en doctrina y jurisprudencia suizas. El

La regulación prevista en el Código es compatible con este criterio. En su favor hay que tener en cuenta que uno de los fundamentos de la prescripción es la inutilidad de la represión penal cuando ha transcurrido un lapso más o menos largo desde la comisión del delito o la imposición de la sentencia penal. En consecuencia, resulta contraproducente aceptar un criterio que podría conducir a una continua prolongación de los plazos; es decir de la competencia del Estado para castigar[417]. Además, la admisión del criterio propuesto evita abandonar en manos del Estado un excesivo poder, lo que refuerza la seguridad jurídica. Por más grave que sea el delito cometido o más deseada o justificada que sea la represión en determinados casos, no creemos que sea conveniente para la seguridad personal admitir la retroactividad de las nuevas disposiciones concernientes a la prescripción que sean más severas que las anteriores[418]. 907

Por lo tanto, consideramos acertado que los jueces se planteen las cuestiones relativas a la aplicación de la ley en el tiempo respecto a la prescripción. Así, lo hemos visto[419] al analizar el problema de la determinación de la ley más favorable. 908

XIV. Retroactividad y cambio de jurisprudencia

Las reglas del derecho penal temporal se refieren sólo a los cambios de ley, por lo tanto, no pueden aplicarse en el caso de producirse un cambio de criterio admitido en la jurisprudencia. En otras palabras, la cuestión es saber si ha de aplicarse el nuevo sentido atribuido a la ley mediante la interpretación a situaciones ocurridas durante el período en que se le daba otro contenido. 909

Si se comprende la interpretación, en el sentido tradicional, como el simple hecho de precisar el sentido contenido en la ley, no habría dificultad en concluir que no hay modificación de ésta y, en consecuencia, tampoco conflicto de leyes en el tiempo. Diferente es la situación cuando se la concibe como un proceso lógico valorativo por medio del cual los jueces dan un contenido a la disposición legal interpretada y aplicada. En esta perspectiva, si un criterio, admitido por los magistrados de manera amplia y durante 910

art. 396 era una traducción literal del art. 362 del Anteproyecto de CP suizo de 1915.

417 Jakobs, 1991, § 4/9; Ragués y Vallés, 2004, p. 138.

418 Por ejemplo, las contenidas en el DL N° 17106, del 8 de noviembre de 1968, derogado por el DLeg N° 121, art. 12.

419 Ver, *supra* N° 825 ss.

mucho tiempo, por ejemplo, por los de la Corte Suprema, es abandonado en favor de otro menos represivo, se puede decir que se ha producido un cambio substancial en el contenido de la ley y, por tanto, resultaría coherente plantearse si éste debe ser tenido en cuenta en función de los casos anteriores que fueron juzgados de acuerdo con el sentido más represivo atribuido antes a la regla en cuestión. En especial, tratándose de sentencias vinculantes o acuerdos plenarios, cuyo objetivo es establecer directivas generales de interpretación que deben ser seguidas por todos los jueces.

911 En estos casos, en los que la frontera entre lo punible y lo que no lo es depende del juez, la aplicación con efecto inmediato de un cambio de jurisprudencia parece discutible[420]. Así, se ha llegado a sostener, por parte de la Comisión europea de derechos del Hombre, que "una modificación jurisprudencial por interpretación extensiva de una disposición penal supone un problema respecto al art. 7 § 1 CEDH, cuando tiene por efecto agravar la pena infligida"[421].

912 El problema se agudiza cuando la fuerza creadora de los jueces da lugar a la producción real de una regla de la que depende la represión de determinados comportamientos. Por ejemplo, en Alemania, el Tribunal Federal Supremo estatuyó que 1.35 % de alcohol en la sangre bastaba para retirar el permiso de conducir a un chofer que originara un accidente, en lugar de 1.5 % que desde tiempo atrás venía considerando[422]. De modo que cabría preguntarse si este nuevo límite debió o no ser considerado para decidir sobre comportamientos cometidos antes de que fuera establecido por la jurisprudencia. Según la concepción dominante, en dicho país, el principio de la irretroactividad no se aplica en estos casos, debido a que del texto legal se desprende que su aplicación está vinculada sólo a la ley y, así mismo, porque el juez no crea mediante la interpretación nuevas disposiciones legales[423]. De acuerdo con este criterio, la jurisprudencia alemana[424] trata de encontrar una solución recurriendo al error de prohibición[425]. En contra de esta opinión, se hace referencia, primero, al desconocimiento de la estrecha

420 Cfr. Eser, en Schönke/Schröder, 2006, § 2 N° 9.

421 Decisión del 4 de marzo de 1985 en la causa Enkelmann contra Suisse, en *JAAC* 49 (1985), N° 76.

422 BGHSt. 21, p. 157; 32, p. 229. Cfr. Troendle, 1974, § 2, N° 53-55 y la amplia bibliografía allí citada. Cfr. Castillo González, 2009, I, p. 107 ss.

423 Riese, en NJW 1969, p. 549; Troendle, 1974, § 2, N° 53.

424 Cfr. Schreiber, 1698, p. 348.

425 Cfr. *infra* N° 1758 ss.

relación existente entre la ley y su interpretación, que implica su admisión; y, segundo, al hecho de que un cambio en la jurisprudencia comporta más que un pequeño cambio en la legislación[426].

Este criterio ha sido admitido en un acuerdo de la Corte Suprema[427]. En éste, se estableció como precedente vinculante que "si bien con posterioridad a la fecha de expedición de la sentencia condenatoria se dictó el AP N° 3-2005/CJ-116, el mismo que a tenor a lo señalado en el art. 301-A del CdePP, tiene carácter vinculante y ha de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales, según lo dispuesto por el 1er inc. del art. 22 del TUO de la LOPJ, éste no es de aplicación retroactiva ya que ésta solo atañe a la ley penal, tal como lo establece el art. 6". 913

Así mismo, se sostuvo que un cambio de criterio judicial no es en sí mismo un cambio normativo-legal que posibilite la aplicación retroactiva de un precedente favorable a la situación jurídica del imputado o condenado. Así, señaló que: "cabe puntualizar que la modificación de un fallo firme sólo es posible cuando media una modificación legal, que no ha ocurrido en el caso de autos; que un supuesto cambio jurisprudencial no constituye cambio normativo por que, como aclara Roxin, la nueva interpretación no es una voluntad de la ley, que ya existía desde siempre, pero que sólo ahora ha sido correctamente reconocida; en consecuencia, un pedido de sustitución basado en un supuesto cambio jurisprudencial, no es conforme al principio de legalidad". 914

Sin embargo, cabe insistir, conforme a una corriente "minoritaria pero creciente"[428] si no debería, aunque de manera restringida, admitirse la retroactividad respecto a las decisiones jurisprudenciales. Esto es sobre todo válido, en países como el nuestro, cuando se reconoce a ciertas decisiones (p. ej., acuerdos plenarios o sentencias del Tribunal Constitucional) un carácter vinculante que debe ser obligatoriamente seguido en la aplicación de la ley interpretada. No es dable argumentar en contra que se contradiría el principio de legalidad porque no se puede exigir que las personas conoz- 915

426 Cfr. ESER, en SCHOENKE-SCHROEDER, 2001, § 2, N° 9 a, considera que la ley y su aplicación judicial comportan una unidad, a partir de la cual se distingue entre lo prohibido y lo permitido. En base a esto, admiten que la irretroactividad se aplica a los casos en que se produce un cambio en la jurisprudencia que de manera uniforme existe sobre un problema determinado.

427 AP N° 1-2007/ESV-22, del 16 de noviembre de 2007, en cuyo F.J. 10 dispuso que constituía precedente vinculante el F.J. 3 de la resolución del 08 de agosto de 2006, RN N° 1920-2006.

428 ROXIN, 2003, § 5 N. 59.

can los cambios de jurisprudencia, ya que esto significaría admitir que es válido el criterio de que no se puede alegar ignorancia de la ley porque todos conocen las leyes. Tampoco, podría decirse que significaría no respetar la separación de poderes, pues los jueces (caso notorio es el de los jueces del Tribunal Constitucional) al otorgar un sentido a la ley al momento de interpretarla y aplicarla al caso concreto cumplen una función semejante. Problema importante presenta el caso en el que mediante un cambio de la jurisprudencia se dejase de considerar delito. Si esto bien podría resolverse mediante el recurso al error sobre la ilicitud, no es posible en la hipótesis prevista en el art. 7 (el hecho no es más punible).

XV. Concurso real

916 De acuerdo con el art. 50, se da concurso real cuando el agente comete varios hechos punibles que física y cronológicamente constituyen delitos independientes. En este caso, el responsable debe ser sancionado con la pena del delito más grave, aumentada teniéndose en cuenta los otros delitos de acuerdo con lo establecido en el art. 48.

917 En cuanto a la aplicación de la ley penal en el tiempo, hay que destacar que debe emplearse la regla de la irretroactividad respecto a cada uno de los delitos. Por lo que está excluido que, por ejemplo, el carácter delictuoso sea determinado con arreglo a la ley nueva y la pena conforme a la ley precedente.

§ 8 Aplicación de la ley penal en relación con las personas

I. Principio de la igualdad de las personas. II. Privilegios penales establecidos en el derecho público interno. 1. Congresistas: inviolabilidad, inmunidad y antejuicio. 2. Presidente de la República: inmunidad y antejuicio. 3. Ministros de Estado. 4. Vocales de la Corte Suprema. 5. Fiscal de la Nación y Fiscales Supremos. 6. Magistrados del Tribunal Constitucional. 7. Defensor del Pueblo. 8. Contralor General. III. Privilegios penales establecidos en el derecho internacional. 1. Jefes de Estado extranjeros. 2. Embajadores y Ministros Plenipotenciarios. 3. Fuerzas armadas extranjeras. IV. Derecho penal de menores. V. Derecho penal militar. 1. Marco constitucional y evolución de la legislación militar. a. Legislación desde 1980. b. Legislación desde 2006. c. Legislación desde 2008. 2. Criterios de aplicación de la ley penal militar. a. Criterio personal. c. Criterio del lugar de comisión. b. Criterio material. 3. Noción de delito en la parte general del Código de Justicia Militar Policial. 4. Catálogo de delitos de la parte especial del Código militar.

I. Principio de la igualdad de las personas

En el art. 2, inc. 2, Const. se establece el derecho fundamental de la "igualdad ante la ley". Además, se precisa que nadie "debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole". Por último, en el art. 103, pf. 1, se dispone que pueden "expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas". Disposiciones semejantes figuraban en los arts. 2, inc. 2, y 187, inc. 1, Const. de 1979. Las prerrogativas que por razón de la función o cargo se reconocen a ciertas personas habrán de estar de modo taxativo previstas en las leyes o tratados internacionales. Comentando la antigua Carta Fundamental de 1979, Pareja Paz Soldán sostuvo que la Constitución afirma "una igualdad de derecho, no de hecho, igualdad en la partida, pero no en la llegada"[429]. 918

De manera imperfecta, se repite, al inicio del art. 10, principio de igualdad previsto en la Constitución, diciendo que la "ley penal se aplica con igualdad"). Respecto al derecho penal, Bramont Arias afirma que el principio de igualdad "sólo requiere que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros, en idénticas circunstancias, esto es, que todos los habitantes sean tratados del mismo modo, siempre que se encuentren en iguales circunstancias y condiciones", y concluye: "en pocas palabras: igualdad de tratamiento en igualdad de condiciones"[430]. 919

Empero, este principio, elemento esencial de la idea de justicia, debe ser observado en su realización concreta. La simple exigencia formal de igualdad no tiene mayor importancia en sí misma, debido a que la demanda de justicia, en la práctica, depende de presupuestos que están fuera del 920

---

429 PAREJA, 1973, p. 562. Cfr. RUBIO/BERNALES, 1981, p. 98 ss.

430 BRAMONT ARIAS, 1950, p. 242.

principio que la regula; es decir, las circunstancias sociales y los criterios decisivos para igualar o diferenciar las personas y las condiciones en que se aplica la ley. En este sentido, tiene razón Hart, cuando afirma que sin la determinación de tales criterios, el principio de igualdad es una fórmula vacía[431]. Pero aun cuando éstos fueran establecidos, como lo hace la Constitución italiana de 1947[432], las graves diferencias sociales existentes entre las personas hacen ilusoria una real igualdad en y ante la ley. Por lo que, en el mejor de los casos, la formulación de tal principio significa una exigencia formal de que la decisión (legislativa o judicial) sea tomada sobre la base de valoraciones y consideraciones generales, y no en forma caprichosa o arbitraria[433].

921 El principio de igualdad tiene dos aspectos, la igualdad de las personas, por un lado, *en* la ley y, por otro, *ante* la ley. Por lo tanto, en materia penal, sus alcances son también dobles. Así, el legislador debe dictar sólo leyes generales y comunes. En consecuencia, la incriminación de un comportamiento, la fijación de la pena o medida de seguridad no deben hacerse en razón de privilegios personales o de clase o jerarquía sociales. Así mismo, las autoridades competentes deben ejercer la acción pública, dadas las condiciones legales (*ratione temporis* y *ratione loci*), contra quien cometa un delito sin distinción de sexo, edad, nacionalidad, raza, confesión, rango social. No se respetó este principio cuando se dispuso, de manera general, en el art. 1, del DL N° 25662, del 13 de agosto de 1992[434], que los miembros de la Policía Nacional, en actividad, retiro o dados de baja por medida disciplinaria, serán sancionados con el doble del tiempo máximo de la pena prevista en el Código o leyes especiales cuando "incurran en hechos punibles calificados de delitos comunes". En este sentido, una Sala Superior en lo Penal consideró inaplicable el citado decreto ley, vía control de constitucionalidad difuso, sosteniendo que éste violaba el principio de igualdad ante la ley y el carácter general de las normas establecidas en la Constitución, así como del principio de la proporcionalidad de las sanciones establecido en el Código[435]. Por el contrario, no se viola el principio de igualdad cuando,

---

431 HART, 1963, p. 198.

432 En su art. 3, expresa: "Todos los ciudadanos [...] son iguales ante la ley, sin consideración a su sexo, raza, idioma, religión, convicciones políticas y posición social y personal".

433 ROSS, 1970, p. 227 ss.

434 Derogado por el art. 1 de la Ley N° 26758, del 08 de marzo de 1997.

435 ES del 17 de octubre de 1995, Exp. N° 3319-95 Arequipa, en ROJJASI, 1997, p. 109; Cfr. ES del 17 de octubre de 1995, Exp. N° 3319-95 Lambayeque, en ROJJASI, 1997, p. 122.

de modo específico, se atenúa o agrava la represión de ciertos delitos en consideración de circunstancias particulares del sujeto activo (la condición de madre en caso de infanticidio o de tutor, curador, albacea en el delito de apropiación ilícita).

La regulación constitucional de la igualdad formal no excluye que, en nuestra legislación, se reconozcan algunas excepciones en consideración de la función que desempeñan algunas personas. Constituyen circunstancias que impiden aplicar el derecho penal común a las personas concernidas, ya sea de manera temporal o definitiva, en relación con todos sus actos o sólo con algunos. El mismo criterio de la igualdad supone que se traten dos situaciones similares de modo semejante, y de manera diferente en la medida en que son distintas[436]. Si según las reglas referentes a la aplicación de la ley penal en cuanto a las personas, ésta no se aplica siempre de forma igual, estas excepciones legales no merman sin embargo el carácter obligatorio absoluto de la misma. La ley es siempre obligatoria para todos los que, encontrándose en situaciones equivalentes, merecen un tratamiento similar. Además, hay que tener en cuenta si la exclusión concierne la aplicación de la ley penal sustantiva o la jurisdicción penal. Nos referiremos sólo a los problemas vinculados con la aplicación del derecho penal material[437] y no a los concernientes a la jurisdicción, ya que ésta corresponde al derecho procesal. 922

II. Privilegios penales establecidos en el derecho público interno

Las derogaciones al principio de igualdad se distinguen de las reglas relativas al ámbito territorial o temporal de la ley porque no delimitan de manera directa un cierto ámbito de aplicación, sino que constituyen un sistema de excepciones, algunas de las cuales son consideradas con frecuencia como simples restricciones al derecho penal internacional[438]. 923

Así, se extraen del dominio de aplicación de la ley penal común a algunas personas (menores de 18 años[439], diplomáticos, funcionarios) o se les 924

436 Cfr. ATF 107 Ia 228.

437 Cfr. Jescheck/Weigend, 1996, § 19 I; Soler, 1976a, T.I, p. 199.

438 Stratenwerth, 2000b, § 5 N° 2 y 26; Cfr. también Maurach/Zipf, 1992, § 11 I N° 2 y § 11 II N° 39; Marinucci/Dolcini, 2006, p. 101 ss.

439 Ley N° 26447, del 21 de abril de 1995, que deroga el DL N° 25564. Según el art. 18 inc. 2 del NCPP, la jurisdicción penal ordinaria no es competente para conocer "los hechos punibles

somete a reglas especiales (adolescentes, militares). Las reglas que prevén estas excepciones forman parte sea del derecho sustantivo o del derecho procesal. Su fundamento se encuentra en el derecho interno o el derecho internacional; por esto, en el art. 10, se dice que las prerrogativas "habrán de estar taxativamente previstas en las leyes o tratados internacionales". En este sentido, se puede hablar de que la legalidad de las excepciones implica un *numerus clausus* de las mismas.

925 Conforme dispone el art. 99 Const., el órgano competente para iniciar una investigación por la presunta comisión de un delito, en el caso del Presidente de la República, Congresistas, Ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional, miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, vocales de la Corte Suprema, fiscales supremos, Defensor del Pueblo y Contralor General de la República, es la Comisión Permanente del Congreso, vía trámite parlamentario de antejuicio político. Es preciso resaltar que éste es una causal de suspensión de la prescripción de la acción penal, precisamente porque de su resultado depende la iniciación formal de la persecución penal, siendo aplicable las consecuencias jurídicas dispuestas en el art. 84. Así, lo reconoce el Tribunal Constitucional en la sentencia dictada en el Exp. N° 5068-2006-HC/TC (F.J. 12)[440].

1. Congresistas: inviolabilidad, inmunidad y antejuicio

926 Los congresistas, representantes de la Nación, no "están sujetos a mandato imperativo ni a interpelación". Esta inviolabilidad es indispensable para que puedan ejercer en libertad y tranquilidad sus funciones. Así, no pueden ser objeto de medidas de coerción directas; por ejemplo, detenidos o sometidos a proceso como cualquier persona. Este privilegio está complementado por la inviolabilidad del recinto del Congreso, estatuida mediante la prohibición de que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional ingresen a éste (art. 98, inc. 2, Const.). Sin embargo, esto no significa que los actos por ellos cometidos no puedan constituir infracciones y, por lo tanto, dar lugar, por ejemplo, a la legítima defensa[441].

---

cometidos por adolescentes".

440 Así, sostuvo el Tribunal Constitucional en la STC del 15 de noviembre de 2006, Exp. N° 5068-2006-HC/TC (asunto Tineo Cabrera) que "el trámite parlamentario en el antejuicio político suspende la prescripción penal... En el caso concreto, dado que el recurrente gozaba de la prerrogativa del antejuicio político, es evidente que aquel era un trámite indispensable, como paso previo, para que se diera inicio al proceso penal".

441 Cfr. JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 19 II 3.

En el ámbito penal, este privilegio implica que su titular no pueda ser perseguido ni sancionado mientras ejerza su cargo. De acuerdo con el art. 93, inc. 3, Const., los congresistas "no pueden ser procesados ni presos sin previa autorización del Congreso o de la Comisión Permanente, desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones, excepto por delito flagrante, caso en el cual son puestos a disposición del Congreso o de la Comisión Permanente dentro de las veinticuatro horas, a fin de que se autorice o no la privación de la libertad y el enjuiciamiento"[442]. Esta inmunidad penal es un obstáculo de orden procesal. 927

Por el contrario, respecto a algunos actos que cometan en el ejercicio de su función se otorga el beneficio de la inviolabilidad. Así, según el art. 93, pf. 2, Const., "no son responsables ante autoridad ni órgano jurisdiccional alguno por las opiniones y votos que emiten en el ejercicio de sus funciones". De allí que ellos no pueden ser sancionados por ningún delito de expresión que cometan al exponer opiniones durante el desempeño de su cargo; por ejemplo, injuria (art. 130), difamación (art. 132), desacato (art. 375). Se trata en buena medida de una causa de justificación, en el sentido de que realizan un acto típico en el ejercicio de sus funciones[443]. 928

2. Presidente de la República: inmunidad y antejuicio

El Presidente de la República no goza del privilegio de la inviolabilidad, reconocido en favor de los congresistas, respecto a delitos de función o delitos comunes. La ley penal no deja de aplicársele, pero, para ser perseguido penalmente, es necesario que sea suspendido en el ejercicio de su cargo por el Congreso y sometido a antejuicio (art. 100 Const.). Éste es iniciado mediante la acusación constitucional a cargo de la Comisión Permanente del Congreso (art. 99 Const.)[444]. 929

De conformidad con el art. 117 Const., el Presidente "sólo puede ser acusado, durante su período, por traición a la patria; por impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales; por disolver el Congreso ["si éste ha censurado o negado su confianza a dos Consejos de Ministros"], salvo en los casos previstos en el art. 134 Const., y por impedir su reunión o funcionamiento, o los del Jurado Nacional de Elecciones y 930

442 Soler, 1976a, T.I, p. 199; Bramont Arias, 1950, p. 251; Peña Cabrera, 1995, p. 244.

443 Fiandaca/Musco, 1989, p. 119

444 El trámite parlamentario está previsto en el denominado TUO del Reglamento del Congreso, publicado el 30 de junio de 1998.

otros organismos del sistema electoral". Para comprender mejor los alcances de este privilegio hay que considerar, que terminado el mandato presidencial, queda la acción expedita para perseguir al ex presidente por los otros delitos que hubiera cometido "durante su periodo", sin que el tiempo transcurrido pueda ser tenido en cuenta para los efectos de la prescripción[445].

3. Ministros de Estado

931 Los Ministros de Estado sólo gozan del privilegio procesal de antejuicio (art. 99 Const.); puesto que el art. 128, inc. 1, declara que "son individualmente responsables por sus propios actos y por los actos presidenciales que refrendan". Y, en el inc. 2, que "son solidariamente responsables por los actos delictivos o violatorios de la Constitución o de las leyes en que incurra el Presidente de la República o que se acuerden en Consejo, aunque salven su voto, a no ser que renuncien inmediatamente"[446].

4. Vocales de la Corte Suprema

932 En relación con estos funcionarios, a los que la LOPJ reconoce el rango de Ministros, los arts. 99 y 100 de la Carta Fundamental estatuyen el privilegio del antejuicio por las infracciones que cometan contra la Constitución y por todo delito que realicen en el ejercicio de sus funciones, aunque hayan cesado en éstas.

5. Fiscal de la Nación y Fiscales Supremos

933 El primero es, en relación con los segundos, *primus inter pares*. De acuerdo con el penúltimo párrafo del art. 158 Const., los miembros del Ministerio Público tienen las mismas prerrogativas que los integrantes del Poder Judicial en sus respectivas categorías. En consecuencia, el Fiscal de la Nación y los Fiscales Supremos se benefician del privilegio del antejuicio, regulado en los arts. 99 y 100 Const. Así lo prevé, expresamente, el art. 18 de la LOMP[447].

---

445 Hurtado Pozo, 2005; p. 342; Bramont Arias, 1950, p. 249.

446 Pareja, 1973, p. 266.

447 Cfr. Hurtado Pozo, 1984, p. 113 ss.

6. Magistrados del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional, denominación preferible a la de Tribunal de Garantías Constitucionales empleada en la Constitución de 1979, es el órgano, autónomo e independiente, de control de la Constitución. Sus siete miembros, elegidos por cinco años, gozan de la misma inmunidad y de los mismos privilegios que los congresistas (art. 201 Const.). En el art. 14 de la Ley N° 26435, del 6 de enero de 1995, denominada LOTC, se habla de los mismos derechos y prerrogativas. En el art. 13 de esta misma ley, se estatuye, a semejanza de lo establecido respecto a los congresistas, que sus miembros no están sujetos a mandato imperativo, ni reciben instrucción de ninguna autoridad; así mismo de que gozan de inviolabilidad. En este sentido y para asegurar su libertad y autonomía, se decreta también que no responden por los votos u opiniones emitidas en el ejercicio de su cargo. También gozan de inmunidad. Además, se dispone que no pueden ser detenidos ni procesados sin autorización del Pleno del Tribunal, salvo flagrante delito. En caso de infracción de la Constitución (arts. 99 y 100) y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones, sólo serán procesados previo antejuicio, iniciado mediante acusación constitucional. 934

7. Defensor del Pueblo

La Defensoría del Pueblo tiene la función de "defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad; y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía" (art. 162 Const.). Su representante, el Defensor del Pueblo, elegido y removido por el Congreso con el voto de los dos tercios de su número legal, según el art. 161, inc. 3, Const. goza de la inmunidad y de las mismas prerrogativas de los congresistas. En este marco, en el art. 5 de la LODP (Ley N° 26520, del 8 de agosto de 1995), se establece que el Defensor del Pueblo goza de "total independencia en el ejercicio de sus funciones, no está sujeto a mandato imperativo, ni recibe instrucciones de ninguna autoridad"; así mismo que se beneficia de "inmunidad" y "no puede ser detenido ni procesado sin autorización del Congreso, salvo flagrante delito" (también, arts. 99 y 100 Const.). 935

8. Contralor General

Responsable de la Controlaría General de la República (art. 82 Const.), órgano superior del Sistema Nacional de Control, es elegido por el Congreso 936

a propuesta del Poder Ejecutivo y goza del privilegio del antejuicio, conforme a los arts. 99 y 100 Const.

III. Privilegios penales establecidos en el derecho internacional

1. Jefes de Estado extranjeros

937 De acuerdo con el art. 297 del Código Bustamante, están exentos de las leyes penales de cada Estado contratante los Jefes de los otros Estados, que se encuentren en su territorio. De esta manera, se consagra la inviolabilidad de los Jefes de Estado, representantes oficiales de la soberanía de sus propias Naciones. Su sometimiento a las leyes extranjeras no estaría acorde con los intereses del Estado que representan. Sin embargo, este privilegio no significa impunidad, en razón a que quedan sujetos a lo estatuido en la legislación de su propio país.

938 El Tratado de Montevideo de 1889, suscrito y ratificado por el Perú, no contiene disposición expresa en relación con los Jefes de Estado. Por el contrario, en el de 1940 sí se prevé de modo expreso su caso, extendiendo el goce del privilegio además a los miembros de su séquito[448].

2. Embajadores y Ministros Plenipotenciarios:

939 La costumbre de enviar y recibir embajadores permanentes se desarrolló a fines del siglo XV y parece que tuvo su origen cuando en los principales Estados europeos se organizaron fuerzas armadas permanentes. Y casi desde sus inicios, los juristas consideraron su inviolabilidad como la piedra angular del "*jus legationis*"[449]. Los problemas surgieron cuando se comprendió que la independencia de los Embajadores era el complemento necesario de su inviolabilidad y que la misma no podía ser alcanzada sino con su no sometimiento a la jurisdicción penal o civil del Estado huésped. Fue Hugo Grocio, quien luego de aceptar las opiniones tradicionales de que el Embajador personificaba a su Soberano y que llevaba consigo su propia ley, afirmó que éste debía ser considerado jurídicamente como encontrándose "*extra territorium*"[450]. Este criterio de la extraterritorialidad fue en general aceptado hasta inicios del siglo pasado.

---

448 Ver art. 7, inc. 2.

449 Consultar el excelente trabajo de SIMMONDS, 1959, p. 170 ss.

450 Cfr. CAHIER, 1974, p. 186; KRAFFT, 1984, p. 141.

En la actualidad, esta justificación ha sido abandonada por constituir una ficción innecesaria. Se invoca la denominada teoría del interés de la función, estatuida en el preámbulo de la Convención de Viena sobre las relaciones diplomáticas[451]. Según este criterio, la finalidad de los privilegios reconocidos a los diplomáticos (*völkerrechtliche Privilegien*) no es la de "conceder ventajas a los individuos, sino de garantizar el cumplimiento eficaz de sus misiones diplomáticas en tanto que representantes de los Estados"[452]. De modo que es en el interés común de las relaciones internacionales que los representantes diplomáticos gozan de ciertos privilegios jurídicos. 940

De acuerdo con la Convención de la Habana sobre funcionarios diplomáticos (del 20 de febrero de 1928), los mismos están exentos de toda jurisdicción civil y/o criminal del Estado ante el cual se encuentran acreditados, no pudiendo, salvo autorización de su gobierno para renunciar a tal privilegio, ser procesados ni juzgados sino por sus propios Tribunales (art. 19). Además, se establece que la inviolabilidad se extiende a todo funcionario diplomático, al personal oficial de la representación, a los familiares que viven bajo el mismo techo, y a los papeles, archivos y correspondencia de la misión (art. 14). Casi lo mismo se establece en el art. 298 del Código Bustamante. 941

A los Representantes Consulares, que se limitan a ejercer funciones de índole comercial y administrativa, se les excluye, con frecuencia, de la inviolabilidad reconocida a los Embajadores y a su séquito[453]. 942

3. Fuerzas armadas extranjeras

El art. 299 del Código Bustamante establece, en el supuesto caso de que un Estado contratante haya autorizado la ocupación temporal y parcial de su territorio, que este Estado no perseguirá ni aplicará sus leyes penales a los autores de delitos cometidos en el perímetro de las operaciones militares. La represión penal incumbe, de esta manera, al Estado al cual pertenecen las tropas extranjeras. En el Tratado de Montevideo de 1889, no se estableció norma alguna con relación a esta situación. En el año 1940, se determinó que el juzgamiento de los miembros de un cuerpo de ejército sería realizado conforme a "los principios señalados por el Derecho Internacional 943

451 Aprobada el 18 abril 1961.

452 Krafft, 1984, p. 150; Cfr. Bramont Arias, 1950, p. 245.

453 Ver art. 335, que reprime la violación de las inmunidades del jefe de un Estado o de algún agente diplomático, en tanto que infracción contraria a las relaciones exteriores del Estado.

Público", cuando el delito haya sido cometido en el perímetro de su sede y tuviera relación legal con dicho ejército.

IV. Derecho penal de menores

944 En el Código de los Niños y Adolescentes, se trata de regular todo lo referente a los menores, comprendidas las cuestiones de derecho penal. De esta manera, han sido derogadas o modificadas las disposiciones sobre menores contenidas en el Código. Sin embargo, no se ha mantenido la debida concordancia entre ambas leyes. Es notable, por ejemplo, el hecho de que en el primero se contradiga el criterio básico consistente en rechazar toda regla fundada en el denominado derecho penal de autor.

945 Desde el título mismo del código, se distingue entre niños y adolescentes. El criterio utilizado para efectuar esta clasificación es bastante confuso respecto al derecho penal, pues, resulta más apropiado para el carácter general del mismo código, el que comprende, por ejemplo, tanto el aspecto civil como el represivo.

946 En el art. I, pf. 1, se determinan dos categorías de menores. Se considera, "niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad". Esta edad límite corresponde a la de la minoría penal estatuida en el art. 20, inc. 2.

947 Según los arts. IV, pf. 3, y 184, en "caso de infracción a la ley penal, el niño será sujeto de medidas de protección". La consecuencia absurda y no pensada es que se abre la posibilidad de aplicar estas medidas a partir de la concepción del nuevo ser y que también se comprendan, como posibles agentes de comportamientos penales al embrión y al feto, incluidos en la definición de niño. Los niños están del todo fuera del derecho penal.

948 En cuanto a los adolescentes, con falta de técnica legislativa, se ha considerado necesario definir al: "adolescente infractor de la ley penal" (fórmula correspondiente a la denominación del Capítulo III, del Libro Cuarto, Titulo II del Código de los niños y los adolescentes). En el art. 183 de este Código, se dispone que se considera como tal a "aquel cuya responsabilidad ha sido determinada como autor o partícipe de un hecho punible como delito o falta en la ley penal". Si se suprime esta disposición la ley no pierde nada, ya que dicha definición se desprende lógicamente del texto legal. Por esto, no se define, en el Código, al "infractor de la ley penal".

De conformidad con los arts. IV y 217, a los adolescentes se les aplicarán medidas socio-educativas. De este modo, éstos también son excluidos del ámbito del derecho penal común. Sin embargo, si se leen con cuidado las disposiciones que les conciernen, son sujetos de un derecho penal especial bastante represivo[454].

La delimitación genérica de las categorías de niños y adolescentes en el art. I del Código correspondiente tiene también efectos indeseados respecto a la parte especial. Así, al disponerse en el pf. 2, *in initio*, del art. I que el "Estado protege al concebido para todo lo que le favorece" y, en el art. II, que el "niño y el adolescente son sujetos de derechos, libertades y de protección específica", al mismo tiempo que, en el art. 1, se estatuye que "el niño y el adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción", cabe preguntar si es aún coherente distinguir entre aborto y homicidio, puesto que se está considerando que el embrión es una persona y, por tanto, víctima según lo previsto en el art. 106. 949

La regulación de las medidas carece de técnica legislativa, en cuanto están establecidas junto a las aplicables a los niños o adolescentes en "presunto estado de abandono" (art. 243). En primer lugar, se indican las medidas socio-educativas correspondientes a los adolescentes (arts. 229 ss.) y luego las medidas de protección aplicables a los niños (art. 242). Si bien se afirma que están sobre todo destinadas a la protección de los menores y adecuadas a su personalidad, en varios casos su aspecto punitivo no puede ser ocultado por la simple terminología utilizada. Por ejemplo, el hecho de designar una de las sanciones con la expresión "libertad restringida" (art. 234) es sólo un eufemismo, ya que consiste en la "la asistencia y participación diaria y obligatoria del adolescente en el Servicio de Orientación al Adolescente" para sujetarse al "Programa de Libertad Restringida, tendente a su orientación, educación y reinserción", por "un término máximo de doce meses". Lo mismo se puede decir en relación con la medida de "internación (sic) en un establecimiento para tratamiento", la que está definida, en el art. 235, como "una medida privativa de libertad", que se "aplicará como último recurso por el período mínimo necesario, el cual no excederá de tres años". Esta medida ha sido prevista para los casos de "un acto infractor doloso, que se encuentra tipificado en el Código y cuya pena sea mayor de cuatro años" (art. 236, lit. a, de "reiteración en la perpetración de otras infracciones graves" (art. 236, lit. b y de "incumplimiento injustificado y reiterado de la me- 950

[454] Cfr. *infra* N° 1635 ss.

dida socio-educativa impuesta" (art. 236, lit. c). Tratándose de adolescentes entre 12 y 18 años que cometan el denominado "pandillaje pernicioso" (art. 193 a 199), la "internación", según las circunstancias, puede durar hasta seis años (art. 195) y ha sido prevista para diversos hechos.

951 Atención particular y rechazo firme merece la regulación del denominado "pandillaje pernicioso" (arts. 193 a 199). Su descripción contradice el principio de legalidad. En el art. 193, se estatuye que "se considera pandilla perniciosa al grupo de adolescentes mayores de 12 años y menores de dieciocho que se reúnen y actúan para agredir a terceras personas, lesionar la integridad física o atentar contra la vida de las personas, dañar bienes públicos o privados utilizando armas de fuego, armas blancas, material inflamable, explosivos u objetos contundentes, o bajo la influencia de bebidas alcohólicas o drogas". La ambigüedad de la redacción permite comprender que basta que los agentes considerados constituyan, aún de modo ocasional, una pandilla y cometan actos tendientes a (elemento subjetivo del tipo legal) realizar uno de los comportamientos enumerados, sin que sea necesario que lo consuman realmente. La medida prevista para esta figura delictiva básica es la de "internación" no mayor de tres años y, en el caso agravado del art. 195, de hasta seis años. De acuerdo con el art. 235, "la internación es una medida privativa de libertad"; por tanto, no difiere de una pena privativa de la libertad por más que se le llame medida socio-curativa.

952 La trapacería legislativa es doble. Por un lado, al ocultar la represión presentándola como medida de protección y tratamiento y, por otro, al pasar de contrabando una figura delictiva que está muy vinculada a actividades subversivas y desvirtuar lo dispuesto en el art. 3 de la Ley N° 26447, que dejó sin efecto la disminución a 14 años del límite de la capacidad penal, fijado en 18 años en el art. 20, inc. 2. Se trata de un acto de politiquería criminal criolla, encubierta en un discurso de política criminal tuitiva. Este proceder muestra falta de ética, además de la ignorancia y desconocimiento de la técnica legislativa, de quienes favorecieron este tipo de disposiciones.

V. Derecho penal militar

1. Marco constitucional y evolución de la legislación militar

953 Para tratar la manera como se regula la aplicación de la ley penal a los militares y policías es indispensable tener en cuenta el contexto general constituido por la legislación penal militar material y procesal. Por esto

conviene, aunque sea de manera muy breve, describir en forma somera la denominada justicia militar.

954 La legislación penal militar ocupa un amplio campo en el sistema jurídico nacional. La amplitud alcanzada por la competencia de los órganos judiciales militares es también desmesurada. La evolución de la legislación militar muestra una permanente y acentuada tendencia hacia la represión y la violación tanto de los principios del derecho penal liberal como del debido proceso[455]. Las causas de esta situación anómala no hay que buscarlas sólo en el ámbito limitado de las instituciones militares y policiales, sino en la excesiva influencia castrense en la vida del país.

955 En el art. 139 Const., se prevé como "jurisdicción independiente" la militar. Dos errores contiene esta declaración, por un lado, contradecir la unidad y exclusividad de la jurisdicción del Estado, afirmada en el pf. 1 de la misma disposición y, por otro, hablar de jurisdicción en lugar de competencia de los jueces militares. Éstos deben estar integrados en el sistema judicial general, como órganos especializados para conocer los asuntos penales militares y no conformando un sistema independiente. En la práctica y a pesar de lo dispuesto en el art. 141 Const., la Corte Suprema no tiene ninguna posibilidad de conocer en casación las decisiones de los tribunales castrenses[456].

956 En cuanto a las personas sometidas a la competencia de la justicia militar, en el art. 173, se menciona a los militares y policías en el caso de "delito de función", pero al mismo tiempo se amplía esta competencia a los civiles cuando se trate de delitos de traición a la patria y de terrorismo. De esta manera, se acentuó la tendencia seguida en las Constituciones de 1933 y 1979, abandonándose de manera radical el criterio establecido en el art. 156 Const. de 1920. Según esta disposición, "la Justicia militar no podrá por ningún motivo, extender su jurisdicción sobre personas que no estén en el Ejército, a no ser en caso de guerra nacional".

957 La admisión en esta última de este criterio liberal constituyó el triunfo de una corriente favorable a restringir, de manera conveniente, los alcances del fuero militar. Criterio que se impuso, así mismo, en la elaboración del Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920, art. 10.

---

455 Doig, 2002, p. 27 ss.

456 Garcia Belanunde, 1993, p. 247.

958 Resulta oportuno recordar lo que, respecto del CJM de 1963[457], retomado casi integralmente en el derogado CJM[458], afirmó Abraham Talavera: "todos los cuestionamientos que se han ido haciendo en cada uno de los cuerpos legales comentados (CJM de 1898, 1939 y 1950), se consolidan en este Código, de tal manera que no contiene nada positivo, siendo una involución jurídica"[459]. Así mismo, destacó que son características de este Código "el juzgamiento de ausentes, gran apertura a considerar dentro de su jurisdicción a la civilidad, incorporación de figuras delictivas cuyos bienes jurídicos (protegidos) corresponden al Derecho penal común"[460].

a. Legislación desde 1980

959 En 1980, la legislación relativa a la justicia militar fue modificada para adaptarla a la Constitución de 1979. Se promulgó el nuevo CJM de 1980[461] y la LOJM[462]. La celeridad con la que el Gobierno militar, en las postrimerías de su régimen, procedió a realizar esta reforma implicó que, una vez más, las "leyes" fundamentales de la justicia militar fueran elaboradas de manera pretoriana por los mismos interesados. Esta circunstancia explica por qué dichos cambios no constituyeron una renovación esencial. Así, la parte relativa al derecho penal del CJM siguió, en buena cuenta, manteniendo reglas provenientes del primer Código Penal civil de 1863. De modo que las nociones fundamentales de la parte general eran diferentes a las del código sustantivo de 1924; caso raro de duplicidad normativa en un mismo dominio y en el mismo país.

960 A pesar de la reforma constitucional que culminó con la adopción, en 1993, de una nueva Constitución, no se procedió a una inmediata reforma de la legislación penal militar, como sucedió en 1980. Las modificaciones efectuadas fueron condicionadas por la situación política. Así, a través de la Ley N° 26677, del 24 de octubre de 1996, se reformaron diversos artículos de la LOJM y del derogado CJM. De esta manera, el derecho penal y el sistema judicial castrense, continuaron siendo utilizados de manera intensa bajo la lógica de la "política de evitación del Poder Judicial" y de excepción con respecto al derecho penal común.

---

457 DL N° 14613, del 24 de julio de 1963.

458 DL N° 23214, del 24 de julio de 1980.

459 Talavera, 1976, p. 132.

460 Talavera, 1976, p. 212.

461 DL N° 23214, del 24 de julio de 1980.

462 DL N° 23201, del 19 de julio de 1980.

En 2001, el Ministerio de Defensa del denominado Gobierno de transición a la democracia dio a conocer un proyecto de reforma de la legislación penal militar[463], solicitando sugerencias y comentarios a todo aquel que creyera conveniente hacerlas. Así mismo, el Poder Ejecutivo, presentó al Congreso sendos proyectos para reformar el CJM y la LOJM[464]. Archivados al finalizar el periodo parlamentario del gobierno de transición, su trámite fue actualizado en octubre del 2001 en el nuevo Congreso[465]. El Consejo Supremo de Justicia Militar tomó también la iniciativa de presentar nuevos proyectos, que el Congreso admitió a trámite[466]. 961

Todas estas iniciativas de reforma estuvieron condicionadas por los resultados de las discusiones y trámites de revisión de la Constitución. Por la Ley N° 27600, se encargó a la Comisión de Constitución del Parlamento de revisar de manera integral la Constitución y proponer un proyecto de reforma total, tomando en consideración, en especial, la Constitución de 1979. 962

El modelo de justicia militar establecido mediante el CJM, la LOJM y la Ley sobre las normas que deben cumplirse en los estados de excepción en que las FFAA asumen el control interno[467], tenía como principales características: (a) la afectación manifiesta de derechos fundamentales de contenido procesal mediante el recorte de garantías personales y la vulneración de principios de la función jurisdiccional; (b) la dependencia orgánica de la jurisdicción militar al Poder Ejecutivo; (c) la falta de un concepto material claro de delito de función como único comportamiento militar o policial objeto de la jurisdicción militar; (d) el sometimiento a la jurisdicción castrense de civiles por la comisión de delitos de traición a la patria, terrorismo o por la simple afectación de intereses militares; (e) la conformación de los tribunales castrenses por militares en situación de actividad, dependientes funcionalmente del Poder Ejecutivo; (f) la índole inquisitiva del proceso militar; (g) el incumplimiento del principio de independencia y objetividad del Ministerio Público[468]. 963

463 Diario oficial El Peruano, del 1 de julio de 2001.

464 Proyecto de Ley N° 1966/2000-CR y Proyecto de Ley N° 1967/2000-CR, respectivamente.

465 Designados con la numeración siguiente: Proyecto de Ley N° 1107/2001-CR y Proyecto de Ley N° 1108/2001-CR.

466 Bajo las designaciones 1203/2001-CR y 1204/2001-CR.

467 Ley N° 24150, del 6 de junio de 1985.

468 San Martín Castro/Mendoza Llamacponcca, 2010, p. 63 ss.

b. Legislación desde 2006

964 La regulación de la justicia militar fue cuestionada debido a algunos cambios políticos en el Estado y a iniciativas de corte democrático de instituciones como la Defensoría del Pueblo y el Colegio de Abogados de Lima. El Tribunal Constitucional tuvo que pronunciarse sobre demandas que exigían se declare la inconstitucionalidad de dicha regulación. En sendas sentencias[469], declaró fundadas en parte los pedidos de inconstitucionalidad y estatuyó que el Parlamento regule la justicia militar conforme a los criterios establecidos en las sentencias dictadas. El Congreso de la República aprobó la Ley de Organización, Funciones y Competencia de la jurisdicción especializada en materia Penal Militar Policial[470], y el denominado CJMP[471].

965 La ausencia de un verdadero espíritu de renovación es patente en estas modificaciones legislativas. Entre los aspectos de discutible constitucionalidad, en la primera de las dos leyes antes citadas, se reiteró que los militares en situación de actividad podían asumir funciones "jurisdiccionales", manteniéndose así la dependencia respecto al Poder Ejecutivo (arts. XII, inc. b; 16, inc. 1; 24, incs. 2, 31 y 49; incs. 1 y 81, inc. 3); se atribuyó a la justicia militar la competencia para resolver acciones de garantía interpuestas a nivel del procesamiento por delitos de función (art. 15, inc. 7); se constituyó una Fiscalía Militar Policial autónoma respecto del Ministerio Público (art. 82, inc. 1). En el código mencionado, se establecieron disposiciones sustantivas que en rigor no se ajustaban al contenido material del delito de función, fundamentalmente porque los tipos legales ahí establecidos redundaban en los ya previstos en el Código y los bienes jurídicos concernidos no eran "privativos", por ende, la jurisdicción ordinaria era la concernida.

966 Frente a esto, la Fiscalía de la Nación formuló una demanda de inconstitucionalidad contra algunas disposiciones de la Ley de Organización, Funciones y Competencia, que fue admitida parcialmente por el Tribunal Constitucional[472]. Este tribunal insistió en la falta de voluntad de parte del Congreso para emitir una ley procesal penal militar conforme a los pará-

469 STC del del 16 de marzo de 2004, Exp. N° 0017-2003-AI/TC; STC del 09 de junio de 2004, Exp. N° 0023-2003-AI/TC.

470 Ley N° 28665, del 7 de enero del 2006

471 DLeg N° 961, del 11 de enero del 2006.

472 STC del 29 de marzo de 2006, Exp. N° 0004-2006-PI/TC.

metros constitucionales que ya había establecido en diversas sentencias[473]: respeto a los principios de unidad y exclusividad jurisdiccional y de independencia e imparcialidad judicial. Principios jurisdiccionales que –como no podía ser de otra manera– son también vinculantes a nivel de la justicia militar policial[474].

Por su parte, el Colegio de Abogados de Lima interpuso una nueva demanda de inconstitucionalidad contra esa misma ley, que fue también amparada parcialmente por el Tribunal Constitucional. En su sentencia, volvió a afirmar que infringía principios elementales del Estado de derecho, por que se encargaba el ejercicio de la competencia militar a magistrados militares y policiales en servicio. Además, subrayó la inconstitucionalidad de las funciones atribuidas a la Academia de la Magistratura Militar Policial para la capacitación de jueces y fiscales en materia militar policial. También, confirmó los criterios establecidos por la jurisprudencia en materia de garantías procesales, afectadas por la dación de normas manifiestamente inconstitucionales. 967

Finalmente, el mismo Colegio de Abogados interpuso demanda de inconstitucionalidad contra el CJMP. En su sentencia, el Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda interpuesta y, consecuentemente, inconstitucional muchas de sus disposiciones: las relativas a los delitos de rebelión de personal militar policial (art. 68, incs. 1 a 4), sedición (art. 70, incs. 1 y 4), derrotismo (art. 75), contra las personas protegidas por el derecho internacional humanitario (homicidio, lesiones, tratos crueles e inhumanos, secuestro, violación y explotación sexual, tráfico de órganos y experimentación con seres humanos, ejecución extrajudicial y tratos humillantes o degradantes) (arts. 90, incs. 2 al 9), sus formas agravadas por el resultado de muerte o lesiones graves (art. 91), lesión al enemigo fuera de combate (art. 92), confinación ilegal (art. 93), empleo de métodos prohibidos en las hostilidades y su forma agravada (arts. 95 y 96), saqueo, destrucción, apropiación y confiscación de bienes (art. 97), abolición de derechos y acciones (art. 98), contra operaciones humanitarias (art. 99), utilización indebida de signos protectores (art. 100), daños extensos y graves al medio natural (art. 101), empleo de medios prohibidos en las hostilidades (art. 102) y sus formas agravadas (art. 103), incapacitación voluntaria para el servicio, así 968

473 STC del 16 de marzo de 2004, Exp. N° 0017-2003-AI/TC y STC del 09 de junio de 2004, Exp. N° 0023-2003-AI/TC.

474 Doig, 2003, p. 124 ss.

como sus variantes de simulación y colaboración en la incapacitación para el servicio (arts. 115, 116 y 177), agresión al superior (art. 121), coacción, injuria y difamación al superior (art. 123), así como el delito de amenazas (art. 125) y la causación de lesiones graves al servicio de seguridad (art. 130), contra la función y administración militar policial (art. 134), exceso en la facultad de mando (art. 139), afectación culposa en el ejercicio de grado, jerarquía o mando (art. 140), y excesos en el ejercicio del mando en agravio del subordinado (art. 141), afectación de los bienes destinados a la defensa, seguridad nacional y orden interno (art. 142), facilitamiento culposo de apropiación de patrimonio de las fuerzas armadas (art. 143), avería o deterioro culposo en obras y arsenales (art. 144), certificación falsa (art. 147), uso indebido de insignias y distintivos (art. 148) y destrucción de documento militar policial (art. 149).

c. Legislación desde 2008

969 En 2008, se derogó la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial y se la remplazó por otra con la misma designación[475]. En ella se recogió, casi en su integridad, el dictamen recaído sobre un proyecto de ley[476] propuesto por la comisión de Defensa Nacional, Orden Interno, Desarrollo alternativo y Lucha contra las Drogas del Congreso de la República.

970 Sin embargo, en dicha ley se incurre en los mismos casos de inconstitucionalidad que en las reformas de 1980 y 2006, No se respetan los principios jurisdiccionales de independencia e imparcialidad, unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, ni el de objetividad que la Constitución asigna al Ministerio Público. Así por ejemplo, el art. 15, inc. 2, señala que "los tribunales superiores militares policiales... están conformados por tres (3) vocales superiores con grado militar o policial de Coronel o Capitán de navío, en situación de actividad". Como ya hemos indicado, la situación de actividad requerida para conformar el Tribunal Superior Militar Policial (art. 15) conlleva a que las funciones de la justicia militar policial dependan del Poder Ejecutivo y no del Poder Judicial, más aun cuando por razones funcionales y orgánicas la situación de actividad militar policial genera obligaciones de jerarquía y obediencia, absolutamente incompatibles con el principio de independencia que la Constitución garantiza a la administración de justicia. Esta situación de dependencia de la justicia militar policial

475 Ley N° 29182, del 11 de enero de 2008.

476 El Proyecto de Ley N° 1421/2006-CR, del 25 de septiembre de 2007,

al Poder Ejecutivo, que prevé la Ley N° 29182, se manifiesta también en el art. 10, en el que se establece que los "vocales del Tribunal Supremo Militar Policial son nombrados por el Presidente de la República, a propuesta de la Sala Plena (...) entre los oficiales en actividad del Cuerpo Militar Policial".

971 Además, el principio de autonomía del Ministerio Público, que garantiza la Constitución en su art. 158, es vulnerado por la citada ley al disponerse, en su art. 23, que "los Fiscales Supremos del Fuero Militar Policial son nombrados de la misma forma y con el mismo procedimiento a los establecidos para los vocales del Tribunal Supremo Militar Policial", esto es, que el nombramiento de los Fiscales Supremos depende del Poder Ejecutivo. Esta situación de inconstitucional dependencia se pone también en evidencia, en los arts. 33 a 35 de la citada ley, por la creación de un Órgano de Control de la Magistratura Militar Policial, paralelo al OCMA y ajeno a la LOPJ. La subordinación laboral y salarial del Fuero Militar Policial al Poder Ejecutivo, conforme se prevé en el art. 56, imposibilita también el cumplimiento del principio de independencia, lo que sin lugar a dudas constituye un claro vicio de inconstitucionalidad; así, el citado dispositivo señala que "los oficiales que desempeñan función jurisdiccional y fiscal en el Fuero Militar Policial están sujetos al régimen laboral establecido en su respectiva institución militar o policial de origen, en las que perciben sus remuneraciones, bonificaciones o pensiones, según su grado y nivel correspondiente, de acuerdo con la ley". Así mismo, se viola el principio de autonomía, reconocido en los arts. 150 y 151 Const. a favor del Consejo Nacional de la Magistratura como único órgano encargado del nombramiento de jueces y fiscales, al preverse en los arts. 10 y 23 – de la ley en análisis – que es el Presidente de la República quien nombra a los Vocales del Tribunal Supremo y Fiscales Supremos del Fuero Militar Policial. Finalmente, la función constitucional asignada a la Academia de la Magistratura (art. 151 Const.) de formación y capacitación de los jueces y fiscales en todos los niveles, como órgano dependiente del Poder Judicial, no es respetada por la creación de un Centro de Altos Estudios de Justicia Militar, organismo dependiente de la Presidencia del Tribunal Supremo Militar Policial, con el objeto de "perfeccionar y capacitar a los miembros del Cuerpo Jurídico Militar Policial", conforme prevé la única disposición complementaria de la Ley N° 29182.

972 Si bien aún no se ha demandado al Tribunal Constitucional que declare inconstitucional, total o parcialmente, la vigente Ley N° 29182, es previsible que una vez la demanda formulada, ésta sea admitida. Ocasión en que el

Tribunal, si es consecuente con sus decisiones anteriores, insistirá en que el Congreso, respetando los principios jurisdiccionales, regule el procedimiento penal e instituya los órganos que la apliquen. Esta regulación debe partir del presupuesto que la justicia militar y policial constituye una especialidad de la jurisdicción del Estado, cuya competencia radica en el procesamiento por delitos de función, mas no una excepción a esta jurisdicción, como se ha admitido erróneamente en las reformas inconstitucionales de la justicia militar policial de las tres últimas décadas.

2. Criterios de aplicación de la ley penal militar

973 Según los arts. I, inc. 1, y 187 CJMP, compete a los tribunales castrenses el procesamiento por la comisión de delitos de función, determinados conforme a ciertos requisitos. Aunque éstos fueron establecidos en el art. 7 del mismo código, no fueron respetados al elaborarse la parte especial. Lo que ha motivado que varios de sus artículos hayan sido declarados inconstitucionales. Para precisar los criterios de aplicación de la ley penal militar y policial[477], la doctrina ha propuesto un conjunto de criterios. Con este fin, ha admitido el concepto material del delito de función y seguido las pautas establecidas en un precedente vinculante de la Corte Suprema[478].

a. Criterio personal

974 Según este criterio, la calificación de delito de función depende sólo de que el hecho haya sido cometido por un miembro de las fuerzas militares o policiales[479]. De manera contradictoria, en el derogado CJM de 1980, art. 319, inc. a, se decía en "razón del delito" y, luego, en el art. 320, se indicaba que "la jurisdicción militar conoce de las causas seguidas contra los miembros de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas Policiales y, en general, de cualquier otra fuerza dotada de armas que, militarmente organizada, se encuentre al servicio del Estado". Así, a diferencia de la primera expresión que se refiere a la especificidad del delito cometido, en el art. 320 se considera la condición personal de militar. Este criterio era confirmado en los arts. 321 ss., en los que se enumeraban quiénes eran "militares para los efectos de este Código".

---

477 Sobre el particular, San Martín Castro/Mendoza Llamacponcca, 2010, p. 85 ss.

478 Resolución del conflicto de competencia del 17 de diciembre de 2004, Exp. N° 18-2004, Fs.Js. 3, 5, 6 y 7.

479 San Martín Castro, 2002, p. 99 ss.

Por el contrario, el Tribunal Constitucional ha afirmado, de manera clara, "la Constitución excluye e impide que dicho ámbito de competencia se determine por la mera condición de militar o policía. Por tanto, la justicia castrense no constituye un 'fuero personal' conferido a los militares o policías, dada su condición de miembros de dichos institutos, sino un 'fuero privativo' centrado en el conocimiento de las infracciones cometidas por éstos a los bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional". Así, suponía que no existe un tipo de delito propiamente castrense. Por lo que es incorrecto asimilar, como se hacía en el art. 323 del CJM de 1980, a la condición de militares a "los civiles por delitos de traición a la patria, en caso de guerra exterior; y por infracciones en la aplicación de la Ley de Servicio Militar". 975

b. Criterio de lugar de comisión del delito

La poca importancia dada a la índole del delito se pone aún en evidencia cuando en el art. 326 del derogado CJM de 1980, se previó el criterio del lugar de comisión de la infracción. Según esta disposición, la "jurisdicción militar" era competente para conocer de los "delitos cometidos en plazas sitiadas o bloqueadas, cuarteles, campamentos, maestranzas, fábricas, talleres, centros de instrucción militar y demás establecimientos militares". De modo que poco importaba la conducta punible que se cometiere, lo determinante era la protección de los locales mencionados. Sin embargo, no existía ninguna justificación para hacer de los establecimientos militares territorios cerrados para la jurisdicción común. Otro ejemplo de este criterio lo constituyó el art. 10 de la Ley N° 24150, declarada inconstitucional. En este artículo, se disponía que podían ser juzgados por la Justicia Militar "los militares y policías que cometan delitos en las zonas declaradas en emergencia". 976

c. Criterio material

El criterio de la índole material del delito militar, comprendido de manera correcta, es el que más se adecua al sentido de la regla constitucional relativa a la tipificación de los delitos de función, conforme ha sido dispuesto por la CIDH, y establecido como precedente vinculante por la Corte Suprema, mediante la resolución del conflicto de competencia N° 18-2004, del 17 de diciembre de 2004. 977

Para respetar lo previsto en el art. 173 Const., debe comprenderse que nos encontramos sólo frente a un delito de función cuando exista una vinculación material entre la conducta del agente (militar o policía en actividad) y 978

el objeto jurídicamente protegido en el ámbito funcional castrense. A estos dos factores, se agrega que el comportamiento tenga lugar en el marco de los actos de función de servicio.

3. Noción de delito en la parte general del Código militar

979 Los alcances de la competencia penal de los órganos judiciales militares están muy relacionados con la manera como se comprenda la expresión "delito de función", utilizada en el art. 173 Const. Con este fin, es indispensable indagar qué criterios han sido tenidos en cuenta en la elaboración del CJMP para establecer las características generales del delito (parte general), así como al estatuirse el catálogo de delitos (parte especial).

980 Según el art. 7 del CJMP "las disposiciones de este código se aplican a los miembros de la Fuerzas Armadas y Policía Nacional, autores y/o partícipes de los tipos penales militar policial o de función militar policial; de acuerdo con los siguientes criterios: 1) Que se trate de conductas que afecten a las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, relacionado con los fines constitucionales que cumplen dichas instituciones, siendo éste su objeto material de tutela penal militar policial. 2) Que el sujeto activo sea un militar o policía, miembro de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional que ha realizado la conducta cuando se encontraba en situación de actividad. 3) Que la conducta punible se perpetre en acto de servicio o con ocasión de él. 4) Que la edad del sujeto activo sea superior a los 18 años".

981 Con el establecimiento de los citados elementos constitutivos del delito de función se supera la vacía y formal descripción que se preveía en el art. 2 del CJM de 1980, el cual se limitaba a señalar que "se consideran delitos y faltas militares las infracciones previstas en este Código". De modo que no se decía nada acerca de los deberes relativos a la función militar que debían ser violados para que un comportamiento sea calificado como un delito sometido al fuero privativo. Así, se abrían las puertas para que se comprenda en este fuero cualquier delito por el simple hecho de ser incorporado en la parte especial del CJM.

982 En el art. 7 del CJMP, se sigue la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la CIDH sobre la materia, en la que se fijan las notas esenciales del concepto material del delito de función, también reconocidas por la Corte Suprema en el precedente vinculante citado. Así, en el inc. 1 se detalla que el objeto de la tutela penal militar debe estar relacionado con los fines constitucionales que cumplen dichas instituciones. En su oportunidad,

este Tribunal[480] afirmó al respecto que "se trata de una infracción a un bien jurídico propio, particular y relevante para la existencia, organización, operatividad y cumplimiento de los fines de las instituciones castrenses". Por ello, al incriminar delitos de función, se busca resguardar un ámbito institucional que permita el cumplimiento correcto de las finalidades constitucionales de las Fuerzas Armadas y Policiales, vale decir, velar por la defensa del Estado, de la seguridad nacional y del orden interno[481]. De acuerdo con lo expuesto, no constituyen delitos de función, por ausencia del objeto protegido, los actos que atenten contra bienes jurídicos penales como la vida, la integridad física, la igualdad, la libertad sexual, el honor, la intimidad, entre otros, ya que éstos no constituyen bienes jurídicos propios de las Fuerzas Armadas, por tanto, han de ser únicamente protegidos por la legislación ordinaria[482]. Por esto, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucionales los arts. 90, incs. 1 al 9, y 91 del CJMP, que tipificaban los delitos contra las personas protegidas por el derecho internacional humanitario, en su forma básica (art. 90) y agravada (art. 91).

En el inc. 2, se señala que son sujetos activos del delito de función únicamente los militares o policías que cometieron el hecho en situación de actividad. Este requisito permite excluir el juzgamiento de civiles en el fuero militar policial, así como de aquellos miembros de las fuerzas armadas y policiales que cometiesen el hecho en situación de no actividad; descartándose, por tanto, el juzgamiento en el fuero militar policial de aquellos militares en situación de "disponibilidad", como lo ha reconocido la CIDH en el caso Cesti Hurtado vs. Perú[483], o que cometieron el hecho luego de su "pase al retiro", conforme ha reconocido el Tribunal Constitucional[484]. 983

Finalmente, en el inc. 3 se exige que la conducta punible se perpetre en acto de servicio o con ocasión de aquél, esto quiere decir que el hecho debe haber sido cometido dentro del marco de actividades funcionales que se le han asignado por un lapso determinado al militar o policía, por lo que si el hecho no es cometido en el ejercicio de la función atribuida es imposible calificarlo de delito de función. 984

480 STC del 16 de marzo de 2004, Exp. N° 017-2003-AI/TC, F.J. 134-A.

481 San Martín Castro/Mendoza Llamacponcca, 2001, p. 87.

482 STC del 15 de diciembre 2006, Exp. N° 00012-2006-AI/TC, F.J. 38.

483 SCIDH del 29 de agosto de 1999, recaída sobre el caso "Cesti Hurtado".

484 STC del 19 de julio de 1998, Exp. N° 0585-96-HC/TC, F.J. 3.C.

985 En consecuencia, los requisitos constitutivos del delito de función recogidos en el art. 7 CJMP son reflejo de lo que en su oportunidad reconoció el Tribunal Constitucional cuando afirmó que "se trata de una infracción a un bien jurídico propio, particular y relevante para la existencia organización, operatividad y cumplimiento de los fines de las instituciones castrenses. Para ello es preciso que la conducta considerada como antijurídica se encuentre prevista en el CJM. Asimismo, el sujeto activo del ilícito penal militar debe ser un militar o efectivo policial en «situación de actividad», y debe ser cometido cuando el efectivo se encontraba en dicha situación [...]. Finalmente que haya sido cometido en «acto del servicio»"[485].

[485] STC del 15 de diciembre de 2006, Exp. N° 00012-2006-AI/TC, F.J. 38.

Tercera parte
Hecho punible

§ 9 Teoría de la infracción

I. Noción de teoría. II. Origen y evolución. 1. Concepción clásica. 2. Concepción neoclásica. 3. Concepción finalista. 4. Concepción funcionalista. III. Concepción francesa. IV. Influencias doctrinarias.

I. Noción de teoría

Los juristas en general y, en particular, los penalistas utilizan con bastante ligereza el término teoría[1]. Con frecuencia, aparece como si ellos presentaran sus ideas bajo esta designación creyendo que explican un aspecto de la realidad, el funcionamiento o la naturaleza de una institución o de un concepto jurídico. Si fuera así, se debería admitir el carácter científico de la teoría considerando su mayor o menor concordancia con la realidad. 986

Se presenta, por ejemplo, la teoría del delito como la descripción de la infracción penal. La misma que sería una definición general válida y de necesaria aplicación a todo derecho positivo. De modo que, a pesar de haber sido elaborada sobre la base de una ley penal determinada, debería ser aplicada a todas las demás[2]. Esto no podría ser de otra manera puesto que toda ley, para ser eficaz y justa, debe tener en cuenta la descripción objetiva establecida por la teoría. Esta aparente paradoja es insita a la dogmática penal[3]. 987

Al interior de esta teoría general, se han ideado otras teorías parciales; por ejemplo, la teoría de la culpabilidad. De esta manera, se habría logrado perfeccionar este instrumento conceptual, así como reforzar la idea de que no hay pena sin culpabilidad. Pero, si bien es cierto que toda ley penal moderna consagra, de modo más o menos claro, el principio de la culpabilidad, es también evidente que no todas las leyes han sido formuladas de acuerdo con la misma teoría. 988

El hecho de que un código penal haya sido elaborado bajo la influencia de una concepción en particular, no significa que no pueda ser interpre- 989

---

1 Nino, 1974, p. 55 y 77 ss.; Carrió, 1976, p. 74; Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2000, 357 ss.

2 Jescheck/Weigend, 1996, § 21 II 1, Germann, 1943, p. 21.

3 Hurtado Pozo, 1987b, p. 28 ss.

tado con arreglo a una teoría distinta. Así por ejemplo, el CP de 1924, de inspiración suiza, fue redactado en una época en la que predominaba la concepción causalista. Esto no impidió, sin embargo, que se interpretaran sus disposiciones a la luz de la concepción normativa o de la teoría finalista. De la misma manera el código vigente puede ser interpretado desde la perspectiva de la concepción funcionalista a pesar que sus redactoras la desconocieran y, por tanto, no la tuvieron en cuenta.

II. Origen y evolución

1. Concepción clásica

990 La teoría del delito, en el sentido que nosotros la estudiamos ha sido elaborada, sobre todo, por los juristas alemanes[4]. En Europa continental su influencia es predominante, salvo la excepción notable de Francia. En Latinoamérica y, en especial, en los países hispanohablantes, la recepción de las concepciones alemanas ha tenido lugar por intermedio de los juristas españoles y, en las últimas décadas, también de manera directa debido al progresivo aumento de juristas latinoamericanos que se han especializados en Alemania. Nuestro análisis tiene por objeto esta teoría del delito. La breve explicación sobre la concepción francesa tiene por finalidad mostrar que existen otras maneras de concebir las condiciones de punición.

991 En Alemania, la elaboración de la explicación moderna del delito comenzó a plasmarse a partir de finales del siglo XIX. Influenciados por el desarrollo de las ciencias explicativas, los penalistas de aquel entonces se esforzaron en descubrir[5] los "elementos naturales" de la infracción. Las nociones utilizadas procedían de la física o de la biología[6]. En la historia de las ciencias naturales, es necesario recordar, por ejemplo, que la química sólo alcanzó este rango con el descubrimiento del oxígeno por Lavoisier y con la elaboración de la noción de "elemento" químico. Dichas ciencias devinieron autónomas respecto a la filosofía natural (*Naturalphilosophie*). La filosofía botánica y la zoológica fueron reemplazadas por la botánica y la zoología; la alquimia por la química; etc. Esta evolución supuso la eliminación técnica de las "prenociones" mediante el recurso a la investigación experimental e histórica. La reconstrucción metodológica propuesta en la mitad del siglo

4 Cfr. García Cavero, 2008. p. 245 ss.

5 Cfr. García Cavero, 2008. p. 307 ss.

6 Cerroni, 1976, p. 29 ss.

XIX buscó otorgar a las ciencias humanas bases independientes de las de las ciencias naturales, pero inspirándose en su metodología.

En el campo de la teoría del delito, si hay que fijar un hito -ciertamente de modo más o menos arbitrario- es indispensable considerar la publicación del *Lehrbuch* de Franz von Liszt[7], que tuvo lugar diez años después de la entrada en vigor del CP alemán de 1871. Refiriéndose a las ideas de Ihering[8], von Listz distinguió las nociones de culpabilidad y de antijuricidad. En 1906, Ernest von Beling[9] propuso un tercer elemento: la tipicidad. Desde entonces, la infracción es concebida como una acción humana (controlada por la voluntad), típica, ilícita y culpable. 992

La acción fue entendida, desde una perspectiva sólo naturalista, como un movimiento corporal, causante de un resultado, es decir de un cambio en el mundo exterior (por lo que también se designa a la concepción clásica como teoría causal). Mediante la expresión "típica", se hacía referencia a la conformidad de la acción con la "descripción circunstanciada" del aspecto exterior u objetivo del acto incriminado en la disposición penal (tipo legal, *Tatbestand*; tipicidad, *Tatbestandsmässigkeit*). Esta noción, sin embargo, es diferente a la que comprende el conjunto de condiciones requeridas por la ley penal y que se asemeja a la noción francesa de "elemento legal de la infracción". Este último aporte fue, en su época, considerado como un descubrimiento revolucionario. La antijuricidad fue explicada con la ayuda del positivismo jurídico, el mismo que, junto con el positivismo científico sirvieron de base a la concepción de von Liszt. Según el primero, el derecho era concebido como el conjunto de normas promulgadas por el legislador. En esta perspectiva, para establecer el sentido de las disposiciones, mediante la interpretación, no era indispensable recurrir a valoraciones. El carácter ilícito del comportamiento fue entendido, en consecuencia, como la violación del derecho positivo. La culpabilidad, aspecto subjetivo del comportamiento (suceso físico exterior), se comprendió como la relación psicológica existente entre el autor y su acción. Se consideró, por un lado, a la imputabilidad (*Zurechnungsfähigkeit*) como su presupuesto psicológico y, por otro, al dolo (*Vorsatz*) y a la culpa (*Fahrlässigkeit*) como sus formas o especies. De esta manera, se distinguieron los elementos objetivos del delito (acción, tipicidad y antijuricidad) de los elementos subjetivos (imputabilidad y culpabilidad). 993

7 1912; 1929.

8 IHERING, 1867.

9 BELING, 1906.

994 La descripción clásica del delito devino -conforme al sistema conceptual del positivismo jurídico[10]- la tarea central de las investigaciones de los juristas. Su esquema (acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) ha sobrevivido hasta ahora; pero el contenido de los conceptos ha sido modificado de manera significativa. Se puede decir que esta explicación clásica de la infracción proviene de la idea del positivismo que se caracteriza, respecto al análisis de los problemas jurídicos, por la utilización exclusiva de nociones de esta misma índole (*Begriffsjurisprudenz*).

995 El descrédito de esta primera doctrina se produjo a fines del siglo XIX e inicios del XX y su abandono progresivo se debió a las críticas formuladas contra sus fundamentos filosóficos[11]. Éstas se inspiraban en la llamada teoría neokantiana del conocimiento, cuya idea básica era la separación radical de la realidad (*Sein*) y del mundo normativo (*Sollen*). La primera conclusión extraída a partir de este criterio fue la constatación de que no se podía, de un análisis empírico de la realidad, establecer una medida normativa idónea para valorarla. La noción de delito fue, de esta manera, analizada en consideración con los fines axiológicos del derecho penal. Fines que la ley no prevé en su totalidad, en oposición a lo que pensaban los partidarios del positivismo jurídico.

2. Concepción neoclásica

996 Esta teoría, también denominada teleológica[12], se fundamenta en tres "descubrimientos" esenciales. Primero, en el ámbito de la tipicidad, el hallazgo de los elementos normativos y de los subjetivos[13] del tipo legal. Este cambio hizo posible superar la concepción de la jurisprudencia de los conceptos. Con este objeto, se tuvo en cuenta la idea del bien jurídico, la misma que se transformó en factor decisivo para la interpretación de la ley.

997 Segundo, en la constatación de que, en consideración a la finalidad de las disposiciones penales, era indispensable concebir la antijuricidad[14] desde una perspectiva material, es decir, tener en cuenta el carácter dañino de la

---

10 Bobbio, 1979, p. 43; Nino, 1980, p. 322 ss., en particular p. 325 ss.

11 Cfr. Larenz, 1927, p. 82 ss., Radbruch, 1974. Este autor sigue las ideas de Lask; Heinrich Rickert, 1902 y Stämmler, 1932.

12 Ver Mezger, 1946. La expresión *teologische Verbrechenslehre* es utilizada por Jescheck/Weigend, 1996, § 22 III 1.

13 Cfr. *infra* N° 1113 ss., 1216 ss.

14 Cfr. *infra* N° 1374 ss.

acción (violación tanto de los bienes jurídicos como de las normas). Lo que permitió modificar de modo substancial la manera de concebir las causas de justificación, en la medida en que dio lugar a la elaboración de criterios regulativos generales; por ejemplo, el del "medio adecuado para un fin justo", el del principio de "más provecho que perjuicio" y el de la "ponderación de bienes o deberes".

Tercero, en el reconocimiento del carácter normativo de la culpabilidad[15]: 998
formación de una voluntad contraria al deber. Así, la culpabilidad fue concebida como un reproche contra quien viola el orden jurídico. De esta manera, se superaron los obstáculos encontrados por la explicación psicológica de la culpabilidad, base de la teoría clásica del delito, para comprender y justificar las circunstancias de exclusión de dicho elemento del delito y admitir la negligencia inconsciente. Una muestra evidente del abandono de la perspectiva positivista jurídica, en favor de considerar criterios de valor, fue la admisión de la noción de la no exigibilidad como circunstancia supralegal de exclusión de la culpabilidad.

La doctrina neoclásica fue criticada por los partidarios de la teoría finalis- 999
ta[16]. A la distinción radical entre el mundo normativo y la realidad concreta defendida por el neokantismo, Hans Welzel[17] opuso dos ideas básicas; primera, la de las "estructuras lógico-objetivas" previas a toda regulación jurídica y, segunda, la de la "naturaleza de las cosas". Según Welzel[18], el comportamiento humano orientado a un fin -en tanto constante antropológica- debe ser tenido en cuenta por el legislador al elaborar las normas legales. Sobre la base de estas ideas fundamentales, Welzel cambió de manera substancial la sistemática de la teoría del delito.

3. Concepción finalista

Welzel[19], creador de esta concepción, partió de la idea de que la fusión entre 1000
elementos ontológicos y axiológicos se encuentra en las "estructuras lógico-objetivas" del mundo (impregnado de sentido por la vida comunitaria). Describió dichas estructuras como constantes antropológicas que preceden al derecho y que el legislador debe seguirlas estrictamente. En su opinión,

15 Cfr. *infra* N° 1607 ss.

16 Welzel, 1964, p. 421; Niese, 1951; Piotet, 1956, p. 385 ss.; Stratenwerth, 1965, p. 179 ss.

17 Schöne, 2005, p. 257 ss.

18 Welzel, 1969, p. 30. Cfr. Arthur Kaufmann, 1966b.

19 Welzel, 1961, p. 1 ss.

la estructura lógico-objetiva fundamental es la acción humana, que se caracteriza, en particular, por estar orientada hacia un fin determinado. Toda persona es considerada capaz, gracias a su conciencia de la causalidad, de prever -en cierta medida- los efectos posibles de su actividad, proponerse el logro de diversos fines y de dirigirla, según un plan, hacia un objetivo previsto[20].

1001 La idea clave de esta teoría es la referente a la acción humana, la misma que es caracterizada en esencia por su estructura finalista. Esto supone que el autor tenga la capacidad de proponerse diferentes objetivos y de orientar su comportamiento hacia ellos.

1002 Estos criterios implican variaciones esenciales en la sistemática de los elementos de la infracción. La tipicidad no es más concebida como la descripción objetiva del acto incriminado, sino que debe también comprender la finalidad con que éste es cometido para llegar a integrar sus aspectos necesarios. Por esto, resulta indispensable prever junto al tipo legal objetivo un tipo legal subjetivo.

1003 La nueva estructura de la tipicidad hace necesario que se distinga con claridad entre los delitos dolosos y los culposos. En los primeros, la finalidad de la acción -que no es otra cosa que la intención o dolo- y los otros elementos de naturaleza subjetiva (p. ej., el móvil con el cual actúa el agente) devienen partes integrantes del tipo legal subjetivo. La índole ilícita de los segundos se basa, sobre todo, en la violación del deber general de no dañar los intereses jurídicos de los demás, por lo que no puede ser reducida al simple hecho de causar un resultado perjudicial para un tercero.

1004 La concepción finalista logró, de esta manera, eliminar de la noción de culpabilidad los elementos psicológicos que habían sido conservados por la doctrina neoclásica y cuyo origen se encuentra en las tesis del positivismo jurídico. La culpabilidad es, en consecuencia, concebida sólo como un puro juicio de reproche expresado contra el autor del acto típico, ya que el dolo es desplazado hacia la tipicidad.

1005 Estos cambios determinaron que se modificara la noción material de antijuricidad. Los elementos subjetivos fueron utilizados para destacar que no bastaba con tener en cuenta el carácter perjudicial de la acción (desvalor del resultado) sino que también debía considerarse la actitud negativa del

[20] WELZEL, 1969, p. 33.

agente frente al orden jurídico (desvalor de la acción). Así, se llegó a dar una dimensión marcadamente subjetiva a la antijuricidad, lo que hizo posible hablar de injusto personal.

Además, el finalismo obligó a explicar, de manera autónoma, las infracciones de omisión, pues, su naturaleza especial exigía un análisis específico. En efecto, éstas constituyen siempre la no realización de un comportamiento exigido por el orden jurídico. La naturaleza normativa del comportamiento de omisión impone la revisión de cada uno de los elementos de la infracción. Los "descubrimientos" del finalismo permitieron, de alguna manera, la rectificación global de las imprecisiones y contradicciones propias del neoclacisismo. 1006

La teoría finalista de la acción, en la actualidad, ha sido casi abandonada[21]. Sin embargo, se han conservado, en lo fundamental, su sistemática y diversos criterios propugnados por sus defensores. 1007

4. Concepción funcionalista

La doctrina se desarrolló, sobre todo, de acuerdo con las concepciones neoclásica y finalista. Progresivamente, los autores optaron por la sistemática de la segunda; en particular, el desplazamiento del dolo de la culpabilidad a la tipicidad. Sin embargo, esto no significa que aceptaran plenamente la teoría final de la acción. Al mismo tiempo que rechazaron la idea de las categorías lógico objetivas, admitieron que no es posible comprender el sentido social de las acciones conforme a los tipos legales sin tener en cuenta el dolo con el que actúa el agente. La confrontación radical y estéril de la concepción clásica y la finalista ha sido superada. 1008

A partir de la convicción de que ninguna de ellas es satisfactoria para fundamentar convenientemente todos los aspectos de la teoría del delito, se buscaron nuevas perspectivas para tener en cuenta los aportes positivos de ambas corrientes. Entre los esfuerzos realizados en las últimas décadas merecen destacarse dos. El primero ha sido impulsado por Roxin[22] y el segundo por Jakobs. 1009

Roxin califica a su sistema de "racional-final o teleológico (funcional del derecho penal)". Su objetivo es replantear, con la finalidad de establecer la 1010

---

21 SCHMIDHAÜSER, 1986, p. 116.

22 ROXIN, 2006a, § 7, N° 29 ss.; 1972; JAKOBS, 1993, Cfr. HASSEMER, 1974. p. 133 ss.; STRATENWERTH, 1982b, p. 30; SCHÜNEMANN, 1984, p. 45; LAMPE, 2003, p. 211 ss.

unidad sistemática del derecho penal y la política criminal, las categorías tradicionales de la teoría del delito sobre la base de criterios de política criminal desarrollados y orientados en función a los fines de la pena; dicho de otra manera normativizar dichas categorías según criterios de valor relacionados con las garantías y la eficacia del sistema penal (objetivos de política criminal). Un ejemplo claro de esta orientación es la elaboración de las nociones de imputación objetiva[23] y de responsabilidad[24]. Mediante la primera, se trata de sustituir el criterio lógico de causalidad por un conjunto de reglas destinadas a demostrar que el resultado puede ser imputado al autor cuando la producción de un peligro prohibido tiene lugar en el marco del fin de la protección de la norma. Criterio que implica un cambio significativo en la determinación de la tipicidad del comportamiento atribuido al agente. Así, la noción de acción es percibida como dependiente de la de tipicidad. La categoría de responsabilidad constituye un complemento de la noción de culpabilidad e implica la necesidad preventiva de carácter general o especial de recurrir a la sanción penal. La culpabilidad sigue siendo considerada como factor indispensable para la imposición de penas. Un efecto importante de este planteamiento es el reemplazo del criterio tradicional de la no exigibilidad, como fundamento de la exclusión de la culpabilidad, por el criterio de la falta de necesidad, ya sea de orden preventivo general o preventivo especial, de la sanción represiva.

1011 Las diversas críticas dirigidas contra la concepción de Roxin son de orden tanto general como particular. Así, se le objeta el hecho de situar su sistema dentro de la denominada corriente funcionalista. Recordando que el mismo Roxin admite, al sentar las bases de su sistema, que "se debe partir de la tesis de que un moderno sistema del derecho penal debe estar estructurado teleológicamente, o sea construido atendiendo a finalidades valorativas", se estima que debería denominársele "sistema teleológico-políticocriminal"[25] y, por tanto, no considerarlo como "funcionalista". Adoptar esta última perspectiva tendría como consecuencia oscurecer la exposición y debilitar la fuerza del sistema propuesto por Roxin. En buena cuenta, esta crítica va sobre todo dirigida a destacar que la corriente encabezada por Roxin no ha establecido un sistema completo de imputación, por no haber logrado reelaborar todas las categorías dogmáticas en función de los objetivos de

[23] Cfr. *infra* N° 1161 ss.

[24] Cfr. *infra* N° 1589 ss.

[25] Cfr. Roxin, 2006a, § 7, N° 57 ss. En este sentido, la política criminal jugaría un papel decisivo de orientador del derecho penal.

política criminal asumidos. De manera más concreta, se le reprocha, por ejemplo, la vinculación que establece entre la culpabilidad y la idea de necesidad preventiva de pena. Lo que lo ha obligado a tratar de precisar mejor su pensamiento recurriendo a la prevención de reintegración, consistente en el "fortalecimiento de la conciencia jurídica general a través de la satisfacción del sentimiento jurídico". Según este criterio, sólo se hace responsable al autor por acciones que se puedan evitar individualmente.

La segunda tendencia, impulsada por Jakobs[26], se basa, por un lado, cuanto 1012
al esquema, en los principios y los conceptos de la teoría de los sistemas sociales desarrollada por Luhmann. Los que permitirían describir el derecho penal de la sociedad que el mismo derecho ha contribuido a crear y que se presupone legítimo. Por otro, de manera cada vez más acentuada, en el idealismo alemán tradicional, representado sobre todo por Hegel[27]. Para quien la noción de delito implicaba la relación dialéctica de éste como negación del derecho y la pena como negación del delito. Además, consideraba como factor esencial la voluntad libre que se exterioriza en la acción del autor. Éste es, por tanto, considerado responsable, culpable en consideración sobre todo de su actitud frente al derecho y no tanto respecto a su comportamiento. Esta forma de imputación juega un papel significativo en algunos planteamientos dogmáticos.

Según Jakobs, las categorías conceptuales del derecho penal en general y, en 1013
particular, las de la teoría del delito sólo pueden ser precisadas en función de garantizar la "identidad normativa de la sociedad" y, por tanto, de las necesidades de la regulación jurídica (criterio sistémico). A diferencia de Roxin, quien orienta su sistemática hacia los fines preventivos de la pena según una concepción determinada de política criminal, Jakobs concibe el sistema penal como parte de un sector del sistema social, el mismo que tiende a mantener, mediante la pena, su configuración normativa ante los ataques constituidos por los delitos. Así, su función es el "mantenimiento de la sociedad", sin orientación teleológica, ni valorativa[28]. Se trataría de una reacción contra los comportamientos que contradicen la identidad normativa de la sociedad. En esta perspectiva, la pena es concebida, "no sólo [como] un medio para el sustento de la identidad de la sociedad", sino

---

26 Jakobs, 1993, 1/27 ss., 35 ss.; Lampe, 2003, 21 ss. Cfr. García Cavero, 2008. p. 254 ss., p. 269 ss.; Castillo González, 2009, I, p. 277 ss., p. 302 ss.; Villa Stein, 2008, p. 185 ss.; Velásquez, 2010, p. 297.

27 Cfr. Jakobs, 1995b, p. 844 ss.

28 Cfr. Jakobs, 1995b, p. 844.

ya como "el mismo mantenimiento". Así, la explicación es circular, opera dentro de un sistema jurídico, sin orientarse a finalidades valorativas (p. ej., de política criminal). Por esto, Jakobs llega a afirmar que "la pena significa ya [...] autoaseguramiento"[29].

1014 La propuesta de Jakobs de renovar, en un sentido marcadamente normativo, las categorías penales comporta abandonar todos los criterios ontológicos de las teorías precedentes y reelaborarlas considerando la finalidad de restablecer la vigencia de la norma defraudada mediante la comisión del delito. La idea de la prevención, concebida por Jakobs al explicar el fin de la pena, adquiere un papel decisivo en la determinación del sentido de los conceptos penales. Así, por ejemplo, la culpabilidad es explicada al interior de la prevención general, conforme a la idea de lo que es indispensable para el adiestramiento en la lealtad al derecho y sin tener en cuenta la capacidad individual real del agente para actuar en un sentido determinado. Lo decisivo es atribuir un sentido de comunicación social a la acción ejecutada. Para comprender estos planteamientos, hay que tener en cuenta que Jakobs separa, por un lado, el objeto de la culpabilidad, el mismo que es percibido como la imputación objetiva del riesgo prohibido y su realización y, por otro, la misma culpabilidad en tanto imputación subjetiva.

1015 En la perspectiva de la función atribuida al derecho penal, Jakobs explica el criterio de la imputación objetiva. En su opinión, no basta tener en cuenta la idea del dominio del peligro creado o aumentado para imputar al autor haber realizado el tipo legal, sino que es necesario considerar si éste ha violado, en la terminología de Jakobs, sea su rol general de ciudadano, sea un rol especial que le concierna personalmente. El desarrollo de estas ideas culmina hasta en considerar superflua la distinción entre delitos de comisión y delitos de omisión.

1016 Si bien estas nuevas corrientes influyen cada vez más los estudios penales[30], una explicación global de esta índole aún no ha logrado imponerse. Si esto sucederá y cuáles serían las ventajas que produciría son cuestiones a las que aún no se puede responder de manera tajante. Lo cierto es que constituye una nueva fase en la evolución de las ideas básicas de la teoría del delito. De manera que se trata de una nueva perspectiva de interpretación de las con-

29 Jakobs, 1995b, p. 844.

30 En el Perú, entre los pocos jóvenes juristas que han estudiado y siguen más de cerca las tesis de Jakobs destaca Percy Garcia, con su obra sobre parte general del derecho penal económico, 2003; así mismo Caro John, 2003, p. 49 ss., Mazuelos, 2003, p. 147 ss.

diciones de la punición. Sus resultados no podrán ser juzgados a partir de criterios de verdad o falsedad, sino más bien según criterios normativos y de eficacia en la protección de los bienes jurídicos dentro de un estricto respeto de los derechos humanos y de los principios del Estado de derecho. La persona[31] como objeto y fin del derecho penal no puede ser utilizada como un instrumento con miras a perfeccionar el sistema de control penal sobre todo represivo. Lo que no significa promover un simple retorno al liberalismo racionalista del derecho penal clásico, sino insistir en que el aspecto central es el respeto de la persona como fundamento de la sociedad, para evitar que sea sacrificada en aras de una política puramente funcional y centrada en la seguridad. En este sentido, debe ser comprendido la declaración contenida en el primer artículo de la Constitución: "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado".

III. Concepción francesa

El peso de la influencia teutona es tan fuerte que los estudiosos naciona- 1017
les desconocen las concepciones penales desarrolladas en otras latitudes y siguiendo una tradición jurídica propia. En razón a las fuentes de nuestra legislación penal sustantiva, resulta lógico que las obras consultadas sean las alemanas o las elaboradas bajo la influencia de las ideas germánicas (en especial las españolas e italianas)[32]. Estudiar lo que se hace, por ejemplo, en Francia es de gran interés para comprender mejor la labor de los juristas y la naturaleza de los resultados de su trabajo. Allí también existe, por ejemplo, una concepción global para explicar, partiendo de la legislación nacional, en qué consiste el delito. Ésta es el resultado de análisis teóricos que constituyen la doctrina penal francesa o, en la terminología alemana, la ciencia o dogmática penal. A veces, se ha pretendido negar el carácter "científico" de las concepciones francesas por oposición a la dogmática alemana que constituiría la verdadera ciencia. Esta manera estrecha de juzgar debe ser rechazada y las razones pueden deducirse del análisis que presentamos.

Los juristas franceses[33], para explicar la noción de delito (*infraction*), re- 1018
curren también al concepto de elementos[34], los cuales tienen diversos orígenes y han sido concebidos en periodos distintos. En un inicio, se afirmó

31 García Cavero, 2008, p. 271 ss.

32 Cfr., por ejemplo, Matus, 2008, p. 1 ss.; el mismo autor, 2009, p. 1 ss.; Weezel, 2008, p. 1 ss.

33 Descripción detallada, en Dana, 1982, p. 23 ss.

34 Dana, 1982, p. 57 ss.

que toda infracción estaba formada por dos partes: el hecho que constituía el aspecto material del delito y la intención, previa al hecho y determinante del elemento moral. Esta idea, inspirada por la filosofía cartesiana, supuso la distinción, en el sentido clásico, de la *imputatio facti* y de la *imputatio iuris*. Los juristas franceses lograron, por esta vía, sistematizar una concepción global del hecho punible. Según Jacques-Henri Robert[35], fue Victor Molinier quien, en 1851, inventó esta sistemática. Retomando las palabras del Presidente Barris, según Robert, Molinier afirmó: "Todo hecho incriminado y penado mediante la ley presenta dos elementos: un elemento material constituido por los actos externos; un elemento puramente moral, referente al autor y que constituye la culpabilidad".

1019 A estos dos elementos se agregó con posterioridad el llamado "elemento legal": la violación de la ley, como condición indispensable para la realización de la infracción. Así, ésta es definida basándose en el "célebre trío de elementos": legal, material y moral.

1020 En la doctrina francesa, este análisis clásico ha sido aceptado en general. Sin embargo, no se le ha dejado de criticar. Ciertos autores rechazan el elemento legal. Según ellos, en primer lugar, el hecho de admitirlo significaría que la ley es parte de la infracción. En segundo lugar, decir que es un elemento de la infracción, "no es más que una manera de hablar, y no la mejor para recordar el principio de la legalidad de las infracciones"[36].

1021 Otros juristas[37], al mismo tiempo que excluían el elemento moral, agregaron a la noción de infracción el elemento injusto. Fue Garraud quien tomó la iniciativa al explicar, influenciado por las ideas germánicas, que la infracción comporta también la violación del bien jurídico protegido por la norma. En realidad, según Garraud, el elemento injusto no es sino una condición negativa: el acto incriminado es justificado por el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho[38].

1022 La negación del elemento moral de la infracción fue sin duda condicionada por el hecho de que los juristas consagraban al análisis de la personalidad del delincuente un capítulo separado[39] del dedicado al estudio de la infracción. La índole psicológica de dicho análisis hizo superfluo el análisis del elemento moral en tanto que factor constitutivo del delito.

---

35 Robert, 1977, p. 273.

36 Vouin, 1949, p. 231.

37 Garraud, 1922, T. 2, N° 433; 1934, p. 324 ss.; Pradel, 2003, p. 270.

38 Garraud, 1922, T. 2, N° 433;1934, p. 324 ss.

39 Pradel, 2003, p. 361 ss.

El retorno al "trío de elementos" sólo fue posible gracias a una reestructuración del elemento moral. Con una parte del contenido perteneciente a éste (estudio de la irresponsabilidad y de los menores), se elaboró la teoría del delincuente, concebida de manera independiente de la teoría de la infracción. Los demás aspectos (dolo, error, coacción, etc.) fueron considerados como la materia del mismo. El desinterés de la doctrina por el citado elemento, en opinión de Robert, no fue sino "pasajero"[40]. 1023

Valga citar, por último, a título de ejemplo la noción de infracción elaborada, a finales de la primera década de los años cincuenta, por Vidal y Magnol[41]. Estos autores decían que es "la violación de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, producto de un acto externo del hombre, positivo o negativo, socialmente imputable, no justificándose por el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho y sancionado con una pena por la ley". 1024

Las concepciones alemana y francesa del delito divergen claramente. Existen entre ellas, sin embargo, semejanzas en cuanto al método y las técnicas utilizadas para sistematizar las nociones obtenidas mediante la abstracción. No es sorprendente entonces que ambas formas de análisis hayan sido criticadas por un abuso del formalismo jurídico y, en consecuencia, por su rechazo a tener en cuenta la realidad social[42]. 1025

IV. Influencias doctrinarias

Resulta interesante observar que tanto los penalistas alemanes como los franceses se limitan a utilizar la bibliografía de sus propios países, sin recurrir a la del vecino; salvo en los autores que buscan dar a sus obras una coloración comparativa. No se trata, evidentemente, de un simple problema lingüístico, sino más bien del resultado de la historia y de la tradición cultural de cada uno de los países. Entre nosotros[43], como también en otras latitudes, lo característico es el recurso a fuentes de información diversas. Situación que puede ser comprendida como necesaria, si se tiene en cuenta la pobreza de la bibliografía nacional. Esta apertura hacia horizontes diferentes puede constituir una riqueza; pero puede revelar, también, un esno- 1026

40 Robert, 1977, p. 280.

41 Vidal/Magnol, 1949, I, p. 76.

42 Ancel, 1981, p. 211, 215 ss.

43 Matus, 2008, p. 1 ss.; idem, 2009, p. 1 ss.; Weezel, 2008, pp. 1 ss.; Velásquez, 2009, p. 502 ss

bismo: constituye nota distintiva y de prestigio el hecho de que un trabajo contenga citas de tratadistas germanos, lo que lleva a los autores a utilizar referencias indirectas y hasta citar en alemán sin conocer este idioma. Además, revela una actitud intelectual especial, consistente en abordar las obras doctrinales extranjeras sin tener en cuenta ni la legislación que les sirve de punto de partida, ni la legislación nacional que debe ser interpretada recurriendo a las doctrinas importadas.

1027 Uno de los efectos negativos de esta actitud es que no se llega a desarrollar, de modo conveniente, un pensamiento propio, aunque modesto, que constituya el contexto doctrinal indispensable para la interpretación y aplicación de las disposiciones legales nacionales. Sin que esto signifique admitir la necesidad (o posibilidad) de crear "doctrinas nacionales", sino dar a las concepciones jurídicas la connotación particular resultante de interpretar el derecho positivo nacional con la ayuda de dichas concepciones.

1028 Las pocas obras publicadas, muchas veces, son ignoradas en el momento de elaborar otras nuevas. De modo que no se da una continuidad en el esfuerzo de estructurar una doctrina que sea el resultado del análisis del derecho propio. Cada esfuerzo se transforma en una iniciativa que parte de cero, apoyándose en obras foráneas. Si bien éstas son indispensables para tener una idea cabal de la concepción doctrinal que inspira y fundamenta nuestro sistema penal, no deben dejarse de tener en cuenta los estudios referentes al derecho nacional. Además, se descuida la relación dialéctica que existe entre criterios de política criminal, redacción de leyes y aplicación de las mismas. El evitar estos errores constituye la condición básica para desarrollar los estudios de derecho penal.

1029 La jurisprudencia de los tribunales, en especial la de la Corte Suprema, no es publicada de manera regular y completa. Esto impide, a pesar de algunos esfuerzos particulares, por un lado, que se establezca un intercambio de ideas entre quienes aplican la ley y los que la comentan y, por otro, que existan criterios de interpretación y aplicación de las normas que orienten a las instancias inferiores. Un esfuerzo notable ha sido efectuado mediante los acuerdos plenarios o las sentencias vinculantes. El objetivo buscado es armonizar los criterios de interpretación que los jueces deben aplicar, sobre todo respecto a casos en los que se han dictado decisiones contradictorias o notoriamente deficientes. El riesgo es que se llega a decretar una llamada "doctrina legal" y con pretensiones de ser aceptada estrictamente, lo que implica una restricción de la facultad de interpretar y aplicar la ley con plena independencia por parte de los jueces.

§ 10 Acción

I. Introducción. II. Teorías: 1. Noción causal o natural. a. Teoría. b. Crítica. 2. Noción finalista. a. Teoría. b. Crítica. 3. Noción social. a. Teoría. b. Crítica. 4. Noción personal. a. Teoría. b. Crítica. 5. Noción negativa. a. Teoría. b. Crítica. 6. Noción funcional. 7. Situación actual. III. Legislación nacional. IV. Ausencia de acción.

I. Introducción

El hecho punible, en el derecho penal europeo continental, ha sido siempre considerado como una acción humana. Por la influencia anglosajona, desde hace unas décadas ha comenzado a admitirse la responsabilidad penal de la persona jurídica o empresa. Este cambio substancial está en pleno desarrollo y consolidación[44]. 1030

En el Código, se ha mantenido el criterio de la exclusiva responsabilidad penal de las personas naturales. La referencia inicial de la reacción punitiva es, en consecuencia, la acción: hecho descrito en el tipo legal, objeto de la ilicitud penal y base de la declaración de responsabilidad del autor. El derecho penal es, en este sentido, un derecho de actos[45]. Resulta entonces necesario determinar bajo qué condiciones es de admitir que un comportamiento humano es una acción relevante para el derecho penal. 1031

En general, se considera que la noción de acción debe cumplir tres funciones esenciales[46]. Primero, constituir el fundamento de todas las formas en que puede presentarse el obrar humano (acción de comisión o de omisión, dolosa o culposa). Segundo, servir de elemento vinculante para los demás aspectos del delito. Debe ser autónomo en relación con cada uno de éstos y, al mismo tiempo, punto de referencia constante. Así, la acción será calificada sucesivamente de acción típica, acción ilícita y acción culpable. Tercero, permitir excluir, sin considerar los límites establecidos en los tipos legales, los simples sentimientos o ideas, los sucesos provocados por animales, los resultados causados por actos reflejos o automáticos, etc. 1032

---

44 Cfr. *infra* N° 1837 ss.

45 Villavicencio, 2006, p. 265.

46 Cfr. Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2000, 381 ss.; Cfr. Castillo González, 2009, I, p. 226 ss.

1033 Los esfuerzos[47] efectuados para elaborar la noción de acción se han materializado en las denominadas teorías de la acción y caracterizado, sobre todo, por el afán de determinar un factor específico.

II. Teorías

1. Noción causal o natural

a. Teoría

1034 La acción es concebida como un movimiento corporal voluntario que causa o no impide una modificación del mundo exterior (resultado)[48]; es decir, la comisión u omisión voluntaria. Su fase externa u objetiva supone el dominio sobre el cuerpo: activación o retención de los nervios motores. La "voluntariedad" constituye la fase interna o subjetiva[49].

1035 Según este criterio, lo importante es determinar si la acción concretiza la voluntad del agente[50]. Empero, lo querido por éste o, mejor dicho, el contenido de su voluntad no constituye el factor decisivo para saber si se trata de una acción, pero sí para determinar la forma de culpabilidad (dolosa o culposa)[51].

1036 Este planteamiento inicial fue modificado con la finalidad de superar las críticas que se le formulaban. Así, Baumann[52], uno de sus principales representantes, afirmó que la acción sólo es conducta humana guiada por la voluntad, siendo superfluo que esté dirigida hacía un objetivo. En su opinión, esta concepción sólo puede ser calificada de "causal" si se considera que "la voluntad tiene que ser la causa de la conducta corporal". En esta perspectiva, la acción ha sido definida como un "comportamiento humano generalmente factible de ser controlado por la voluntad". Además, se ha sostenido que basta concebirla como un simple "comportamiento humano", sin referencia a un factor común a los diversos tipos de acciones[53]. Por

---

47 Villavicencio, 2006, p. 277 ss.

48 von Liszt, 1912, p. 122 ss.; Schultz, 1982b I, p. 257 ss.

49 Beling, 1930a, p. 14 ss.

50 Mezger, 1950, p. 12 ss.

51 Graven/Sträuli, 1995, p. 59.

52 Baumann, 1973, p. 97; Cfr. Baumann/Weber/Mitsch, 2003, § 13 22 ss.; Heimann/Trosien, 1978, N° 31.

53 Dreher/Tröndle/Fischer, 1999, §13, N° 2 ss. Cfr. Wessels/Beulke, 2001, N° 93.

último, se ha dicho que, en realidad, nadie ha sostenido la teoría causal en su estado puro, en la medida en que el elemento de voluntariedad ya se refiere, sin duda alguna, a la finalidad.

b. Crítica

Se le reprocha de no explicar de manera conveniente los comportamientos de omisión, que no provocan un cambio en el mundo exterior, ni tampoco los casos en los que no existe un impulso de voluntad (las omisiones inconscientes o los olvidos). Por ejemplo, el chofer que se duerme conduciendo su vehículo y provoca un accidente, produciendo así la muerte de su acompañante. De modo que esta noción causal no puede servir de base a todos los tipos de delitos. Así mismo, la simple voluntariedad considerada como factor decisivo para delimitar el comportamiento no permite identificar con suficiente nitidez la acción respecto a los casos de actos reflejos o de reacciones automáticas. Además, en la medida en que es presentada como una noción acromática, termina siendo un concepto espectral y, por lo tanto, inútil como elemento vinculante de los demás elementos de la infracción[54]. 1037

La noción causal es demasiado amplia, ya que, por ejemplo, el hecho de lesionar a una persona podría ser considerado como una acción de matar debido a que la víctima muere tiempo después. A pesar del nombre que se le da ("causal o natural"), este criterio no describe, en realidad, la "naturaleza" de la acción. Se trata más bien de una noción normativa: la voluntariedad causal es elegida como nota distintiva a pesar de que no es propia sólo del comportamiento humano[55]. Éste puede ser, y de hecho es, considerado desde otras perspectivas. 1038

2. Noción finalista

a. Teoría

La acción, según esta teoría, presenta dos fases. La primera se da en la mente del autor y comprende, por un lado, la selección del fin que quiere alcanzar y, por otro, la elección (con arreglo a su saber causal) de los medios necesarios para realizar dicho objetivo y el cálculo de los efectos concomitantes o accesorios que están vinculados a los factores causales 1039

54 Roxin, 2006a, § 8 N° 17.

55 Arthur Kaufmann, 1966b, p. 94.

considerados junto al logro del fin. La segunda fase se desarrolla en el mundo exterior y consiste en el hecho de que el agente, después de haber efectuado las operaciones antes señaladas, pone en movimiento, conforme a un plan, los medios (factores causales) elegidos con anterioridad. El resultado es el logro del objetivo y los efectos concomitantes comprendidos en el complejo total.

1040 Welzel[56] trata de aclarar su concepción mediante el siguiente ejemplo: Pedro y Pablo se proponen robar a Juan, inhabilitándolo antes para que no ofrezca resistencia. Con este fin, deciden –en un inicio- utilizar un cinturón para sujetar a la víctima por el cuello; luego, estimando que Juan podría morir asfixiado, proyectan aturdirlo golpeándolo con una cachiporra. Así, los autores han escogido una meta, seleccionado el medio idóneo y calculado los efectos concomitantes de su acto. Al pasar a la acción, no logran aturdir a la víctima golpeándola con la cachiporra; por eso recurren entonces al medio en el que habían pensado en primer lugar. Estrangulan a Juan con un cinturón hasta hacerle perder el conocimiento, dejándolo apretado en el cuello de la víctima. Cuando, después de haberse apoderado del botín, aflojan el cinturón, constatan que Juan ha fallecido asfixiado. En esta segunda fase, los delincuentes han concretizado su plan de robar a Juan después de haberlo reducido a la impotencia. Al modificar la dirección originaria de su acción -destinada a evitar la muerte de la víctima-, han considerado los posibles efectos concomitantes como formando parte del resultado global a realizar para lograr su objetivo.

1041 La finalidad, así comprendida, no es lo mismo que la voluntariedad destacada por la teoría causal. En oposición a ésta, el contenido de la voluntad, dirigida hacia la meta escogida y rectora del suceso causal, constituye la columna vertebral de la acción.

1042 En el caso de los delitos dolosos, la voluntad de actuar orientada hacia un fin determinado (fundamento de la acción, finalidad), es identificada con el dolo (despojado de todo contenido ético), ya sea que se agote en éste o lo comprenda como parte de sí misma[57]. Así, pues, el dolo no es una forma de culpabilidad, sino un elemento subjetivo de la acción descrita en el tipo legal y, por lo tanto, del ilícito.

---

56 Welzel, 1969, p. 3.

57 Busch, 1992, p. 19.

b. Crítica

La idea básica del finalismo es criticada afirmándose que la finalidad del comportamiento humano depende del sistema normativo. Éste condiciona la manera de como se caracteriza la finalidad de la acción. La noción de acción de la teoría finalista no sería, entonces, en contra de sus afirmaciones, una noción ontológica y prejurídica, sino más bien normativa. De modo que no es necesario recurrir a la noción de "estructuras lógico-objetivas" para justificar el análisis de la infracción. 1043

Las personas, aunque capaces de proponerse fines y de orientarse hacia éstos, no siempre actúan de esta manera. Por lo que "la acción final sólo es un tipo", un "modelo" de conducta humana, "una forma excepcional de acción"[58], pero no la regla general que ha de verificarse en todos los casos. 1044

La noción de finalidad no explica de modo suficiente los actos automáticos que constituyen un aspecto esencial de la conducción de vehículos y, por tanto, de los delitos de tránsito. Por ejemplo, cuando ante un suceso imprevisto se frena o gira el timón bruscamente, no hay control consciente del acto. Para superar esta dificultad, se habla de "finalidad inconsciente" (porque falta el momento voluntario en el sentido tradicional de la teoría de la acción) y, "no obstante su carácter inconsciente, se les considera acciones dirigidas de tal modo que pueden resultar conscientes"[59]. De esta manera, se trata de explicar que algunos actos inconscientes puedan ser dirigidos hacia un fin y que, sólo en la medida en que lo sean, deberían entonces ser comprendidos como objeto posible de la valoración jurídico penal. Esta explicación supone, en realidad, el abandono de la premisa fundamental del finalismo[60]. 1045

El concepto finalista de la acción tampoco explica cabalmente la acción culposa. La meta del autor en estos casos constituye un proceso psicológico real referido a un resultado no previsto en un tipo legal (en general sin relevancia penal)[61]. Por esto, Welzel[62] calificó de finalidad real la de las acciones dolosas y de finalidad posible (potencial) la de las culposas. Por ejemplo, conducir un automóvil para llegar a un lugar determinado es una 1046

58 Arthur Kaufmann, 1966b, p. 94, 108; Cfr. Bockelmann, 1979, p. 48.

59 Stratenwerth, 1974, p. 289.

60 Cfr. Roxin, 2006a, § 8, N° 23 ss.

61 Cfr. Schultz, 1982b I, p. 260 ss.; Stratenwerth, 2005, § 7, N° 8; Donatsch, 1987, p. 30 ss.; Cfr. Arthur Kaufmann, 1966b, p. 95.

62 Welzel, 1967, p. 124.

acción "realmente finalista"; y el atropello sobrevenido, a causa de una imprudencia del conductor, implica una "finalidad potencial" que condiciona la valoración jurídico-penal. Pero esta "finalidad potencial", por definición, no es una finalidad presente. En consecuencia, la finalidad no es el elemento específico común de los diferentes tipos de acciones[63].

1047 Para superar estas críticas, Welzel[64] se refirió a la noción de acción cibernética, estimando que este término se adecua más a la peculiaridad determinante de la acción (es decir, su dirección y encauzamiento). La acción sería entonces un suceso controlado por la voluntad. El factor control sería, por lo tanto, común a sus diferentes formas (comisión u omisión, dolosa o culposa), en la medida en que el comportamiento resultaría así identificado con la capacidad de actuar o permanecer corporalmente pasivo bajo la dirección de la voluntad orientada hacia un fin[65].

1048 En buena cuenta, hay que admitir que la "historia de la teoría finalista es la historia de sus diversos y cambiantes intentos para explicar los delitos culposos"[66]. Si bien es cierto que la acción, en un comportamiento culposo, también es un comportamiento final; sin embargo su finalidad es irrelevante en el ámbito penal (por no constituir un perjuicio o peligro típico). Por consiguiente, ésta tampoco es objeto de las valoraciones penales (antijuricidad y culpabilidad)[67].

1049 Respecto a la omisión, la noción finalista es, igualmente, insatisfactoria. Si la abstención es la causa del resultado, el agente no tiene que controlar relación de causalidad alguna y, en consecuencia, no actúa para alcanzar un fin determinado[68].

1050 Señalemos, por último, que la teoría finalista también es criticada, por un lado, por concebir el dolo como algo natural (considerándolo sólo como fenómeno psicológico, intención) y, por otro, porque la manera como comprende la finalidad no permite explicar el denominado dolo eventual, en el que el agente no persigue alcanzar el resultado sino sólo lo asume[69].

---

63 Roxin, 2006a, § 8, N° 21.

64 Welzel, 1975, p. 35.

65 Welzel, 1969, p. 31.

66 Arthur Kaufmann, 1966b, p. 95.

67 Bockelmann, 1979, p. 59.

68 Hirsch, 1981, p. 851.

69 Cfr. *infra* N° 1251 ss.

3. Noción social

a. Teoría

Según los partidarios de esta concepción, el criterio común que permite concebir un concepto único de acción (comprensivo del hacer y del omitir) es el carácter socialmente relevante del comportamiento humano[70]. Este planteamiento se presenta como una solución intermedia entre los criterios ontológicos y los normativos puros. 1051

Así, se considera como comportamiento cada respuesta del ser humano a las exigencias del mundo circundante, conocidas o cognoscibles, mediante la realización de una de las posibilidades de acción que, de acuerdo con su libertad, tiene a su disposición. Esta respuesta puede consistir en la ejecución de una actividad final (orientada hacia un fin determinado); en la no realización (abstención) de un acto ordenado (no siempre por la ley); o, en ciertos casos límites, en la producción de un resultado mediante un hecho normalmente controlable (causalidad). El carácter socialmente importante del comportamiento humano implica la relación del individuo con su entorno, el cual es afectado por los efectos de su conducta. Por eso es necesario que ésta sea eficaz hacia el exterior. En el caso de la omisión, basta la no producción de los efectos que hubiese ocasionado la acción que debió ejecutarse. De esta manera, se intenta, corrigiendo las deficiencias de la noción causal, comprender las diversas formas de comportamientos. 1052

La tesis de la acción social -continuadora de la teoría causal- también es un criterio normativo que tiene que dejar de lado el substrato fáctico del comportamiento a fin de constituir una noción unitaria y general. Así, determinar la importancia de la acción supone adoptar un punto de referencia que es, por supuesto, de naturaleza normativa. Un ejemplo claro es el de la omisión. Esta forma de acción se explica sólo con referencia al comportamiento omitido; es decir se espera que alguien realice una acción determinada y esta expectativa está prevista por una norma. 1053

b. Crítica

La buena aceptación que tuvo esta concepción se debió, sobre todo, al hecho de que respondía mejor a la búsqueda de un concepto que compren- 1054

[70] Jescheck/Weigend, 1996, § 23 VI 1; Maurach/Zipf, 1992, § 16, N° 13; Wessels/Beulke, 2001, N° 91.

diera las diversas formas de acción. Sobre todo cuando sus defensores afirmaban que la nota específica de la acción era simplemente la circunstancia que constituía una respuesta a las diversas posibilidades de actuar.

1055 Este criterio no permite, sin embargo, excluir del campo punitivo sucesos que, bajo ciertas circunstancias tienen significación social, pero que deberían quedar fuera del derecho penal; por ejemplo, los actos reflejos, algunos hechos cometidos bajo la influencia de la fuerza física absoluta[71].

1056 Además, la definición de lo que es "socialmente relevante" está en gran parte fundada o muy influenciada por la constatación de si el acto es o no conforme al tipo legal. Esto determina una relación de estrecha dependencia entre la noción de acción y la noción de tipicidad. Una acción puede ser típica o no, socialmente importante o insignificante: el criterio escogido por los defensores de la teoría de la acción social es, pues, una calidad propia a algunas conductas humanas, pero no el elemento común a todas ellas[72].

4. Noción personal

a. Teoría

1057 Según Arthur Kaufmann[73], la "acción humana" es una configuración de la realidad llevada a cabo de manera responsable y plena de sentido mediante efectos causales que la voluntad puede dominar y que son, por lo tanto, imputables al autor. Sin embargo, es difícil imaginar que la omisión constituya una "configuración de la realidad" o, así mismo, admitir que la configuración del mundo practicada por un enfermo mental no constituya una acción por carecer de sentido y no ser responsable[74].

1058 Roxin[75] ha tratado de sistematizar y completar los diferentes esfuerzos realizados desde esta perspectiva. Con este objeto, ha propuesto, según su propia terminología, un "concepto personal de la acción". En su opinión, el elemento específico de toda acción humana es el hecho de que ésta siempre constituye "una expresión de la personalidad". Es, pues, acción todo suceso que pueda ser atribuido a una persona en calidad de centro psíquico y espiritual de

71 Roxin, 2006a, § 8, N° 30; Jakobs, 1991, 1/12 ss., en particular, 1/16 ss.

72 Cfr. Stratenwerth, 2005, § 7, N° 11.

73 Kaufmann, 1966b, p. 116.

74 Roxin, 2006a, § 8, N° 51.

75 Roxin, 2006a, § 8, N° 44 ss.

actividad. No lo son, por el contrario, aquellos que escapan al control de la instancia psíquica y espiritual y que corresponden más bien a la esfera sólo somática, instintiva, material del individuo (actos reflejos, hechos realizados en estado de delirium o inconsciencia, etc.). Tampoco constituyen acciones las ideas o los deseos, aunque pertenecen a la esfera psico-espiritual de una persona, mientras no se concreten en el mundo exterior.

b. Crítica

El criterio de valor, "expresión de la personalidad" del autor, bien puede constituir un factor para comprender todas las formas de acción penalmente relevantes. Sin embargo, se ha objetado que no es suficiente para concebir la acción como categoría plenamente autónoma. Así, aun cuando averiguar si se trata o no de una acción es independiente de la conformidad del acto a un tipo legal, hay que admitir que se dan casos en los que la determinación de si existe o no, por ejemplo, una omisión depende de lo que disponga una disposición legal[76]. De modo que dicho criterio de valor sólo podrá ser determinado teniendo en cuenta el correspondiente tipo legal. 1059

Frente a estas objeciones, es de señalar que Roxin considera, globalmente, que el concepto personal de acción satisface la función de elemento básico de la noción de delito, así como también la de límite respecto a otros sucesos y la de vínculo de los demás elementos de la infracción. Respecto a la primera, el criterio de "expresión de la personalidad" no sólo permite identificar todos los tipos de acción penalmente relevantes (omisión, comisión, dolosa, culposa), sino también los que se encuentran fuera del ámbito del derecho penal[77]. En relación con la función de límite, además de las ideas y de los deseos, las actividades de las personas jurídicas no podrían ser consideradas como acciones cometidas por éstas (por carecer de instancia sico-espiritual) sino por sus "órganos", es decir personas que actúan a nombre de las primeras. En relación con la función de elemento vinculante, el criterio personal lo cumple debidamente porque es conforme a la comprensión de la acción en un nivel previo al del derecho penal; lo que explica que la noción propuesta no se oriente hacia el naturalismo o el normativismo. Según Roxin, corresponde a la realidad de la existencia humana que el sentido de las manifestaciones de la personalidad sean determinadas no sólo por 1060

[76] Roxin, 2006a, § 8, N° 58 ss.

[77] Roxin, 2006a, § 8, N° 57 ss.

elementos corporales y síquicos, sino también por categorías valorativas de orden privado, social o jurídico[78].

5. Noción negativa

a. Teoría

1061 Según esta concepción, la acción consiste en el hecho de no evitar lo que puede ser evitado, cuando se está obligado a actuar y se tiene la posibilidad de hacerlo[79]. Este evitar algo que es evitable es considerado como el factor que permite comprender las dos formas básicas de acción. En cuanto a la comisión, se trata de evitar crear el peligro mediante la realización del comportamiento.

b. Crítica

1062 Las críticas conciernen a este factor supuestamente compartido por las diversas formas de acción. Así, se destaca que no se presenta de la misma manera en ambas. Respecto a la comisión, se trata de un "no no – hacer"; es decir, de un "no omitir". Mientras que en el caso de la omisión, se trata de un "no hacer"; dicho de otra manera, de una real omisión. Así, se considera frente a una "no omisión" (comisión) una "omisión". Además, se afirma que la descripción de la comisión como un "no no – hacer" no concuerda con la manera cómo la acción es descrita en los tipos legales relativos a los delitos de comisión. Esta situación pone en evidencia un juicio negativo de valor que se confunde entonces con el expresado mediante la antijuricidad (ausencia de causa de justificación). Así mismo, se afirma que los procesos intelectuales también pueden ser considerados como un "no evitar", de modo que la noción negativa de acción no es apropiada para excluir los sucesos que no deben ser considerados como acciones.

1063 Según la noción negativa de acción, en el caso de la acción de comisión, el autor debía haberse abstenido de obrar. Tratándose de la omisión, debía haber intervenido realizando la acción esperada. Esta formulación constituye más bien una manera de afirmar que el acto es objetivamente imputable al agente, pero no es ésta una función de la noción de acción[80].

---

78 Roxin, 2006a, § 8, N° 59 ss.

79 Herzberg, 1972, p. 177.

80 Roxin, 2006a, § 8, N° 40.

6. Noción funcional

a. Teoría

En el contexto de su concepción general del derecho penal, Jakobs considera 1064
que no es satisfactoria la idea dominante de considerar la acción como producción de un resultado que puede ser evitado individualmente. Destaca, en particular, dos objeciones contra esta manera de concebir la acción: por un lado, que es incompleta por no comprender tanto las acciones sin resultado (tentativas) como las omisiones, debido a que no consisten en el hecho de evitar un resultado y, por otro, que dicha concepción sólo tiene en cuenta el aspecto "individual antropológico" del problema y, así, ignora su dimensión social.[81]

Jakobs establece la noción de acción en derecho penal con referencia al sen- 1065
tido global del hecho para dar unidad a la imputación penal (evitabilidad y culpabilidad). La define, en principio, como "comportamiento exterior evitable"[82]. Precisa su pensamiento, diciendo que, considerando que la finalidad del derecho penal es restituir la estabilidad de la norma, defraudada por el comportamiento del agente, la acción debe ser percibida como "comunicación de un ciudadano" que no respeta una expectativa normativa de carácter esencial. De esta manera, estima, que la noción de acción tiene como contenido comunicativo-simbólico: el no reconocimiento de la vigencia de una norma mediante un comportamiento, ya sea de comisión o de omisión. Así, el aspecto decisivo es el sentido jurídico-penal atribuible al comportamiento como quebrantamiento de una norma o defraudación de expectativas normativas esenciales. En breve y con expresiones propias a Jakobs, la acción debe ser concebida como la "objetivación de la falta de reconocimiento de la vigencia de la norma"[83]. En esta perspectiva, entre las ventajas de este modo de concebir la acción en derecho penal, hay que destacar que la noción de acción quedaría liberada de las referencias a los fenómenos subjetivos del individuo y constituiría la culminación de un proceso de atribución de sentido según ciertos criterios normativos.

b. Crítica

El hecho de que la idea de Jakobs sobre la noción de acción supone tomar 1066
en cuenta el significado de las demás condiciones de punición, comporta

81 Jakobs, 1997, p. 111 ss.

82 Jakobs, 1974b, p, 307 ss.

83 Jakobs, 1997, p. 118.

admitir que su concepción no se dirige a determinar, precisamente, esa noción sino más bien a delimitarla en consideración al significado global del hecho punible. Lo que ha dado lugar a que se le critique que, en realidad, no se limita a analizar la noción de acción sino que trata de presentar una visión integral del delito. Con lo que retorna, en cierta forma, a la concepción de imputación de Hegel, quien sostenía que la acción es la exteriorización de la voluntad, por lo que todas las acciones deben ser consideradas culpables. Un inconveniente de esta visión, también formulada contra el criterio hegeliano, es que diluye la separación entre ilicitud y culpabilidad. Separación que, hay reconocerlo, el mismo Jakobs considera como indispensable.

1067 Así mismo, se objeta a la noción dada por Jakobs de no ser apropiada para distinguir los hechos humanos penalmente relevantes para el derecho penal de los que no lo son. Objeción válida si se considera que ésta es una función tradicionalmente atribuida a la noción de acción. En el contexto de la concepción de Jakobs, por el contrario, podría sostenerse que tiene más bien la ventaja de armonizar el desarrollo de las categorías referentes a las condiciones de punición, las mismas que actualmente adolecen de una falta de simetría por no tenerse en cuenta el hecho punible como unidad globalmente integrada.

7. Situación actual

1068 La evolución de la noción de acción, presentada a través de las diferentes teorías, ha progresado por una intensa confrontación de ideas, la misma que ha amainado, al menos, en la forma de oposición entre sostenedores de un criterio causal y defensores de la concepción finalista. Esto se ha debido a la adopción cada vez más amplia de una perspectiva de política criminal, en particular del fin atribuido al derecho penal. Este es el factor común a las explicaciones promovidas por Roxin (circunscritas a los límites de la tipicidad) y por Jakobs (abiertas a la aprehensión del delito globalmente).

1069 De la sucinta exposición que hemos presentado, es posible relevar que las diversas nociones de acción, en el fondo, son elaboradas con la intervención decisiva de elementos normativos. Es decir, que los hechos calificados como acciones, en el dominio del derecho penal, son finalmente aquellos considerados como tales por el sistema normativo jurídico. De modo que la acción no es el substrato general y previo de las categorías penales (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad). De la noción de acción causal (movi-

miento voluntario accionar) o de la noción de acción finalista (hecho humano dirigido hacia una meta) no se pueden deducir, de modo simple, las características y los alcances de dichos elementos de la infracción. Es más bien con la ayuda de éstos que se logra determinar lo que para el derecho penal constituye una acción; ya sea una actividad dirigida hacia un fin, la producción causal de un resultado o el simple hecho de no hacer algo determinado. Esto resulta también cierto tanto en relación con la noción social, como con la concepción personal de la acción; respecto a esta última, Roxin ha tenido que aceptarlo aunque de manera limitada. Y, de manera más evidente aún, con el planteamiento de Jakobs, que se dirige a precisar las condiciones en las que un hecho puede ser imputado a una persona que ha defraudado las expectativas sociales de un tercero. La comprensión de la problemática resulta facilitada si se tiene claramente en cuenta que el objetivo no es precisar la "acción natural" (suceso sicofísico), sino más bien los actos penalmente significativos para el derecho penal. Esta determinación es de orden normativo, pero es evidente que no se puede ignorar del todo que "en la concepción corriente de las personas" se tiene la convicción de que nuestro quehacer cotidiano consiste en efectuar acciones.

La diversidad de criterios se debe a que las distintas maneras que reviste la 1070
actividad humana no pueden ser definidas globalmente y de modo neutro, salvo que se recurra a una fórmula vacua o se adopte una visión integradora global. La elaboración de un concepto unitario resulta superflua[84]. Esto se deduce así mismo del hecho de que el legislador no fundamenta siempre la consecuencia penal en el mismo factor. Lo decisivo es saber cuando un hecho es imputado normativamente a una persona concreta. Esta afirmación supone que el legislador tiene una gran libertad para vincular un determinado suceso con una sanción penal. Lo que explica que su proceder no siempre sea correcto y justo. Aquí entran en juego criterios tanto axiológicos como de política criminal que deben ser discutidos abiertamente.

En esta perspectiva, puede ser más conveniente considerar la acción como 1071
una manifestación o expresión de la falta de respeto a la pretensión de validez de los bienes jurídicamente protegidos. Esta actitud del agente puede concretarse mediante un hacer o un omitir doloso o culposo. El comportamiento constituye una exteriorización de la personalidad del autor consistente en la representación sea de obrar a pesar de la prohibición de hacerlo, sea de permanecer inactivo a pesar del mandato de intervenir para

[84] Kaufmann, 1974, p. 307 ss.; 1982, p. 21 ss.

excluir el peligro en que se encuentra un tercero. La referencia a un comportamiento real y a la actitud de no respetar la pretensión de validez de los mandatos jurídicos revela la presencia de un aspecto objetivo y de otro normativo. Esto es conforme a la naturaleza del derecho que busca instaurar un estado de paz social en la comunidad, lo que supone una relación mínima entre el dominio a regular y el instrumento utilizado.

1072 De lo afirmado se pueden deducir dos consecuencias. La primera es de índole general: la caracterización de la infracción no está en definitiva condicionada por la determinación de la noción de acción, sino más bien por la manera cómo se concretizan las categorías de tipicidad, ilícito y culpabilidad. La segunda está más relacionada con la problemática de la acción: se trata de la importancia práctica de la función delimitadora que desempeña la noción de acción para eliminar los hechos sin importancia para el derecho penal. Sin embargo, cuando un acto reflejo o automático no es considerado como acción (por no ser mínimamente controlable), aún debe comprobarse si existe o no un comportamiento precedente que sea relevante para el derecho penal (omisión por parte de la persona concernida de las medidas necesarias para descartar el daño resultante del acto incontrolable).

1073 Contra esta manera de presentar el problema, Roxin[85] estima que no es suficiente comenzar a construir el esquema del delito sobre la base de la "acción típica", pues, siempre se plantea la cuestión de saber qué es la acción. Esta constatación resulta evidente, pero no implica siempre que sea indispensable definirla según el método tradicional (género próximo y diferencia específica). Con respecto a los efectos del derecho penal, resulta más conveniente señalar los diferentes casos que, a pesar de su diversidad, pueden ser designados como acciones humanas. Esto es en principio posible recurriendo a los criterios normativos implícitos en las normas penales.

III. Legislación nacional

1074 La terminología utilizada por el legislador para designar los comportamientos penalmente relevantes es variada e imprecisa, lo cual es una consecuencia inevitable de las deficiencias de la técnica legislativa empleada. Si bien su objetivo no es la precisión dogmática, bien pudo haber logrado

[85] Roxin, 2006a, § 8, N° 44 ss.

sin embargo cierta uniformidad en los vocablos empleados, lo que hubiera redundado en favor de la claridad y precisión del texto legal.

En el art. II, que consagra el principio de la legalidad, se habla de "acto"[86]. Pero se emplea el término "hecho" en el art. III del mismo Título, al prohibir la aplicación de la analogía. Esta diferencia de terminología puede deberse a que mediante el vocablo "acto" se hace referencia a los comportamientos antes de que sean descritos en un tipo legal. Por el contrario, la palabra "hecho" es utilizada para designar a los actos ya declarados punibles. Lo que estaría confirmado, primero, porque en el art. X se emplea la expresión "hechos punibles" al declararse aplicables los principios generales a las leyes especiales. Segundo, porque al regular las condiciones de punibilidad se agrupan las disposiciones concernidas bajo el título de "hecho punible". 1075

Esta terminología no resulta sin embargo coherente, pues, el término "hecho" no se refiere sólo a las acciones humanas sino también a todo suceso (fenómeno natural, comportamiento animal, etc.). Salvo, por supuesto, que ambos términos hayan sido comprendidos como sinónimos. A esto se debe, aparentemente, que, en el art. 72, relativo a la aplicación de las medidas de seguridad, se diga: "el agente haya realizado un hecho previsto como delito". En realidad, mediante esta fórmula se hace referencia a un "hecho no punible", es decir, un acto que no constituye un delito y, por consiguiente, no puede ser la ocasión para imponer una pena. En este sentido, también hay que entender el texto del art. 20, inc. 1, referente a la inimputabilidad, que dice: "facultad de comprender el carácter delictuoso [del] acto". Estas imprecisiones lingüísticas son sin embargo limitadas por la declaración contenida en el art. 11, según el cual los delitos y las faltas son "las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley". Pero así, se incurre en una nueva imprecisión: el término acción es empleado en el sentido de "acción positiva" (comisión). Con lo que debería volverse a pensar que el término genérico es "acto". 1076

El empleo de la expresión "hecho punible" puede deberse a la influencia de la terminología germana: tanto en la doctrina como en la legislación alemanas se habla de "*Straftat*" (hecho punible). En el § 1 del derogado CP de Alemania, se definía al delito como un "*Tat*" (un hecho) y esto incitó 1077

[86] En la ES del 25 de agosto de 1999, Exp. N° 2528-99 Lima, se afirma que: "*Nuestro código penal vigente le confiere relevancia jurídica tanto al aspecto activo del comportamiento humano, constituido por el ejercicio de la finalidad a través de un hacer, como a su aspecto pasivo, constituido por la omisión*". Cfr. Caro, 2007, p. 15. Cfr. García Cavero, 2008. p. 302 ss.

sin duda a los juristas de éste país a buscar una definición unitaria para toda forma de acción. Pero nuestro art. 11 que señala que hay dos tipos de comportamientos, "acciones" (mejor dicho comisiones) y "omisiones", constituye más bien una norma de origen español.

1078 Por último, en consideración al interés actual en el asunto, señalemos que el Código no prevé la responsabilidad de las personas jurídicas. Una de las razones, aunque no se haya dicho nada en la exposición de motivos al respecto, es que no se reconoce capacidad de acción y, por tanto, de culpabilidad a las personas jurídicas. Sin embargo, en el art. 108, estatuye una serie de medidas que deben aplicárseles cuando un hecho punible fuere cometido en ejercicio de sus actividad o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo. La responsabilidad penal corresponde sólo a la persona física que lo cometió.

IV. Ausencia de acción

1079 En el art. 20, inc. 6, se establece que está exento de responsabilidad penal: "el que obra por una fuerza física irresistible proveniente de un tercero o de la naturaleza". Esta regulación es incompleta en el sentido de que la fuerza física irresistible, tal como se verá en seguida, no es la única causal que excluye la acción. En otras palabras, si se asume que es imprescindible que se prevean de modo expreso las causales que la eliminan, como se reguló la fuerza física irresistible, se debió proceder de igual manera con los estados de inconsciencia y los movimientos reflejos[87]. En caso contrario, ni siquiera se debió prever la fuerza física irresistible.

1080 A partir del encabezado del art. 20 ("está exento de responsabilidad penal") no se puede afirmar que "el legislador confunde responsabilidad o culpabilidad con la ausencia de acción que enerva la tipicidad"[88], pues, tal como se analizará en detalle después[89], la acepción del término responsabilidad que se emplea en el art. 20 hace alusión a la necesidad de comprobar la concurrencia de los elementos de la teoría del delito (tipicidad, antijuridi-

87 ES del 18 de septiembre de 1998, Exp. N° 3019-98 Puno, se señala: "Debe tenerse en cuenta que no existe acción penalmente relevante cuando falta la voluntad, de modo que un resultado queda fuera del ámbito de protección del derecho penal cuando ha sido causado fortuitamente". Cfr. Caro, 2007, p. 15.

88 Como lo hace, por ejemplo, Villa Stein, 2008, p. 199.

89 Cfr. *infra* N° 1589 ss.

cidad, culpabilidad y responsabilidad propiamente dicha) necesarios para sancionar a una persona por la comisión de una infracción. Luego, ante la presencia de alguna causal que excluya la tipicidad (acción), antijuridicidad o culpabilidad, previstas en el art. 20, cabe decir que el sujeto no es responsable en el sentido de que no se le impondrá una pena. De seguirse la interpretación que aquí se critica, habría que afirmar que el legislador confunde también la antijuridicidad con la culpabilidad cuando regula, en el art. 20, inc. 3, la legítima defensa que, como se sabe, es una causa de justificación.

El suceso realizado bajo la influencia de una fuerza física irresistible[90] (prevista en el art. 20, inc. 6), no puede ser considerado como una acción. El violentado es, de hecho, un instrumento ciego de quien ejerce la violencia. Éste es quien actúa, produce el resultado y, por tanto, puede ser objeto de la imputación de su acción. Por ejemplo, si Pedro, empuja sorpresiva y bruscamente a Juana contra una vitrina y el vidrio de ésta se hace pedazos, quien produce el daño al patrimonio ajeno es Pedro, y lo mismo da que se sirva del cuerpo de Juana o de una piedra. Por lo mismo, la simple coacción (*vis compulsiva*) no es suficiente; pues, el coaccionado -a diferencia del sometido a una fuerza física irresistible- actúa y se puede considerar que su accionar, aun cuando se encuentre en una situación particular, es obra suya. Obra coaccionado quien hace o se abstiene de hacer algo por "miedo insuperable de un mal igual o mayor" (art. 20, inc. 7). 1081

No pueden ser calificados de acciones los movimientos reflejos que se presentan como una reacción inmediata, involuntaria, a un estímulo interno o externo; por ejemplo, convulsiones, vómitos y, en ciertas circunstancias, los movimientos instintivos de defensa. En estos casos, es por supuesto necesario que el movimiento sea de índole puramente somática, lo que impide considerar que sea una expresión personal[91]. 1082

Sin embargo, un acto automático interiorizado mediante el aprendizaje y el constante ejercicio constituye una acción a pesar de que sea efectuado sin ninguna o casi ninguna reflexión. Este tipo de actos es común a diversas actividades; por ejemplo, en la utilización de aparatos o vehículos (en caso de la conducción de automóviles, la reacción brusca ante un obstáculo inesperado)[92]. 1083

90 Bramont Arias, 1966, p. 177 ss.; cfr. Pagliaro, 2000, p. 398 ss.

91 Roxin, 2006a, § 8 N° 73.

92 Roxin, 2006a, § 8 N° 68.

1084 De la misma manera, no son acciones los movimientos llevados a cabo en estado inconsciente; por ejemplo, el sueño profundo producido por narcóticos o la embriaguez extrema debida al alcohol[93]. Estas últimas hipótesis deben ser analizadas según las circunstancias de cada caso particular. Lo decisivo es que el suceso aparezca como resultado de un accionar sin relación consciente con el mundo, de modo que no sea posible imputárselo a la persona concernida. Si se trata de estados en los que la falta de conciencia no es total, sino que el agente sólo sufre una grave alteración de la misma, no puede decirse que no hay acción. Este estado puede afectar sólo la imputabilidad del agente, pero éste es perfectamente capaz de accionar (art. 20, inc.1). En relación con los actos realizados en estado hipnótico[94], se discute mucho. Algunos autores consideran que no existe acción y que el hipnotizado se convierte en un instrumento sin voluntad en poder del hipnotizador. Y este último se hace responsable, a título de autor mediato, de los actos delictivos cometidos por el primero.

1085 Por último, cuando se trate de constatar una circunstancia excluyente de la acción (movimiento reflejo, fuerza física irresistible, estados de inconsciencia), deberá siempre verificarse si el comportamiento inmediato anterior tiene importancia para el derecho penal. En el conocido ejemplo de la madre que causa, por asfixia, la muerte de su hijo recién nacido mientras duerme junto a él, no se puede decir que haya realizado una acción. Sin embargo, puede imputársele el acto de haber conservado, de manera consciente, al niño junto a ella, sin tomar las precauciones necesarias para evitar causarle daño (*actio libera in causa*).

---

93 En el Proyecto de Código Penal de 1985, se estatuyó que no hay acción en caso "de sueño natural o provocado", "sugestión hipnótica" y "violencia física a la que (el autor) no haya podido resistir o sustraerse" (art. 11, inc. 1).

94 Se planteaba ya la cuestión Arias, 1900, p. 83; Bramont Arias, 1966, p. 170; Villa Stein, 2008, p. 218.

§ 11 Tipicidad

I. Tipo Legal. II. Tipo legal, bien jurídico y norma. III. Tipicidad y antijuricidad. 1. Ratio congnoscendi y ratio essendi de la antijuricidad. 2. Teoría de los elementos negativos del tipo legal. IV. Tipo legal objetivo. 1. Introducción. 2. Elementos descriptivos. 3. Elementos normativos. 4. Sujeto activo. 5. Objeto del delito. 6. Acción típica. 7. Relación de causalidad e imputación objetiva. a. Introducción. b. Teoría de la equivalencia de las condiciones. b.1. Descripción. b.2. Deficiencias. c. Teoría de la causalidad adecuada. c.1. Descripción. c.2. Deficiencias. d. Teoría de la relevancia. e. Teoría de la imputación objetiva. e.1. Introducción. e.2. Causalidad como base. e.3. Creación de riesgo no permitido. e.4. Agente responde por crear un peligro. e.5. Realización del riesgo no permitido. e.6. Riesgo prohibido por la norma. e.7. Delitos de peligro e imputación objetiva. f. Apreciación global. V. Tipo legal subjetivo. 1. Noción. 2. Dolo. 3. Elementos subjetivos. 4. Consciencia. 5. Voluntad. a. Dolo directo de primer grado. b. Dolo directo de segundo grado. c. Dolo eventual. c.1. Introducción. c.2. Prioridad al elemento intelectual. c.3. Prioridad al elemento voluntad. c.4. Doctrina mayoritaria. c.5. Diferencias con culpa consciente. c.6. Hipótesis posibles. d. Formas de dolo en relación con el momento de la decisión. VI. Error de tipo. 1. Generalidades. 2. Objeto del error. 3. Error vencible e invencible. 4. Consciencia de la relación de causalidad. 5. Aberratio ictus. 6. Dolus generalis. 7. Error in obiecto.

I. Tipo Legal

En teoría general del derecho, se explica que toda disposición jurídico-penal completa está constituida por el precepto y la sanción. El primero, denominado tipo legal, contiene la descripción de la acción humana que se regula. En derecho penal, se trata del hecho punible. Una de sus funciones es la de servir de base para sistematizar los demás elementos constitutivos del delito (*Systemtatbestand*)[95]. Por ejemplo, en el precepto del art. 106, el legislador incrimina el homicidio diciendo: "El que mata a otro..." y prevé como sanción que el homicida será sancionado "con pena privativa de libertad...". La conformidad de un comportamiento concreto (María mata a Pedro envenenándolo) con dicha descripción permite saber de qué delito se trata (homicidio). Este procedimiento representa el primer paso para comprobar si el acto realizado constituye un hecho punible. 1086

En un inicio[96], el tipo legal fue concebido como la mera descripción objetiva de una conducta determinada, ajena a todo juicio de valor jurídico. Los elementos subjetivos (intención, móviles) utilizados por el legislador para realizar tal descripción, eran entonces considerados en relación con la culpabilidad. Desde esta perspectiva, constatar que la acción correspondía a un tipo legal no implicaba reproche alguno para el autor. Así, la muerte causada por un asesino (art. 107) era equiparada al fallecimiento de una persona por causa natural. La primera valoración de esta acción tenía lugar sólo al determinar que era contraria al orden jurídico. 1087

Esta concepción fue criticada por separar de manera radical los aspectos objetivo y subjetivo del delito, sin considerar que para describir la acción 1088

---

95 Lackner/Kühl, 1999, § 13 N° 15; Maurach/Zipf, 1992, § 20 II N° 40.

96 Beling, 1906, p. 112, 145, 147; Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2000, p. 425 ss.; Polaino Navarrete, 2000 I, p. 403 ss.

como punible, debían mencionarse los aspectos subjetivos del comportamiento. Críticas que estaban enmarcadas en la concepción del delito que admitía también la presencia de elementos subjetivos en la ilicitud. En el caso del art. 159, por ejemplo, sólo teniendo en cuenta la subjetividad del comportamiento del autor puede determinarse si el hecho de penetrar en la casa del derechohabiente, sin su autorización, constituye violación de domicilio.

1089 Con la teoría finalista de la acción[97], estimando que la acción se caracteriza por estar orientada hacia un fin determinado, se afirmó que la intención formaba parte del tipo legal. Así, se distinguieron, por un lado, un tipo objetivo, referido a la acción, resultado, sujetos activo y pasivo, etc. (*objektiver Tatbestand*) y, por otro, un tipo subjetivo, referido al dolo, móviles, etc. (*subjektiver Tatbestand*).

1090 Además, la incongruencia de la percepción del tipo legal como una descripción carente de todo juicio de valor fue destacada al constatarse la presencia de elementos normativos en las descripciones legales de los comportamientos delictuosos. Mediante estos elementos, el legislador no sólo describe el comportamiento punible, sino que fundamenta su carácter ilícito. Por ejemplo, la exigencia de que, en el caso del hurto (art. 185), la cosa sea ajena, expresa ya un juicio de valor negativo respecto al acto de apropiación cometido por el agente. Si al comienzo[98], se atribuyó a estos elementos normativos una significación limitada y se estimó que formaban parte tanto del tipo legal como de la antijuricidad, su importancia fue muy pronto reconocida. Hoy en día, se admite que hasta los denominados elementos objetivos tienen una dimensión normativa.

1091 Esta tendencia se acentúa desde la introducción en el análisis sistemático de las condiciones de penalidad de los criterios de imputación objetiva. En la medida en que por esta vía se precisa que los problemas antes tratados como concerniendo a la causalidad son en buena cuenta cuestiones normativas, por las que se determina si el comportamiento puede ser atribuido al agente (por crear o aumentar el riesgo no permitido) en tanto que realización del tipo legal, éste resulta ampliamente normativizado. De este modo, se supera del todo la idea de que el tipo legal es de índole sólo objetiva o descriptiva.

---

97 Welzel, 1969, p. 64; Niese, 1951 p. 9; ver *supra* N° 1039 ss.

98 Mayer, 1923, p. 184.

II. Tipo legal, bien jurídico y norma

Cuando el legislador decide incriminar un comportamiento determinado realiza, inspirado en criterios de política criminal, una apreciación sobre su carácter perjudicial. Éste se pone de manifiesto por que la acción contradice lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, el mismo que está orientado a proteger los intereses individuales y colectivos[99]. Así, la incriminación y la consecuente punición refuerzan, de manera mediata, los mandatos y prohibiciones jurídicas y, de modo inmediato, los intereses o bienes jurídicos esenciales contra los ataques más graves. 1092

La protección de los bienes jurídicos se realiza, por tanto, reforzando las pautas culturales, que se presentan implícitas en cada tipo legal. Por ejemplo, la acción (comisión u omisión) que realiza el tipo legal del art. 106 (matar a una persona) infringe la norma "no matarás", tácita en este precepto. Estos aspectos relativos a las relaciones entre normas y comportamientos tipificados como penalmente significativos juegan un papel importante en la determinación de la ilicitud. Esto se ve de manera más explícita al analizarse las relaciones entre tipicidad y antijuricidad. 1093

Este papel central del bien jurídico explica porque su determinación y análisis constituyen excelentes medios para la interpretación de la ley penal. Además, éste facilita la clasificación de los delitos en la parte especial del Código. 1094

III. Tipicidad y antijuricidad

1. *Ratio congnoscendi* y *ratio essendi* de la antijuricidad

Cuando una acción reúne los requisitos señalados en un tipo legal, se dice que es una acción típica. Se habla de tipicidad (*Tatbestandsmässigkeit*) como característica de la acción de adecuarse a un tipo legal. A la acción legislativa de elaborar un tipo legal, se le designa con el término tipificar. 1095

Mediante la elaboración del tipo legal (*stricto sensu*), el legislador distingue las acciones penalmente relevantes de aquellas otras que no lo son y que, por lo tanto, no son sancionadas. Por esto se puede decir que como concepto de la teoría del delito y como grado de valoración, el tipo legal cumple una función discriminadora[100]. 1096

---

99 Jescheck/Weigend, 1996, § 26 I; Lenckner, en Schönke/Schröder, 2006, §§ 13 ss. N° 9.

100 Wessels/Beulke, 2001, N° 120; Baumann/Weber/Mitch, 2003, § 16 N° 14.

1097 Una acción típica implica la violación de la norma prohibitiva o preceptiva implícita en la disposición penal. Pero esto no significa todavía que sea antijurídica. Estando conformado el ordenamiento jurídico no sólo de prohibiciones y mandatos, sino también de preceptos permisivos, es posible que dicha acción típica no sea ilícita. Por ejemplo, la muerte intencional de un hombre causada en legítima defensa, se adecua al tipo legal del art. 106; pero no es antijurídica porque la norma del art. 20, inc. 3, la justifica. La índole ilícita de un acto típico se deduce, pues, de la combinación de normas prohibitivas y permisivas.

1098 El tipo legal representa una valoración penal[101] en la medida en que la conducta típica supone la violación de una norma y que, en buena cuenta, implica la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico. Dicha valoración constituye, a su vez, una señal previa que indica el límite de una norma prohibitiva sancionada penalmente[102] (p. ej., los alcances de la norma prohibitiva de matar una persona, implícita al art. 106).

1099 De la realización del comportamiento previsto en el tipo legal se deduce de manera provisional la específica naturaleza prohibida de un comportamiento determinado. El tipo legal proporciona de esta manera un indicio, una presunción *juris tantum* de que el acto es antijurídico[103].

1100 En contra de este criterio[104], se ha sostenido que la comprobación de la tipicidad de la acción implica la constatación de su índole ilícita y que, por tanto, es el "fundamento real y de validez (*ratio essendi*) de la antijuricidad". Así, el delito debe ser definido como un acto "típicamente antijurídico..."[105]. Estas afirmaciones tienen como fundamento la idea de que el carácter ilícito del comportamiento forma parte del tipo legal, de donde se deduce que la comprobación de la tipicidad de la acción implica la constatación de su índole ilícita. Sin embargo, se admite, como lo hacen los partidarios de la noción de la *ratio cognoscendi*, que el acto puede ser justificado, por

101 WELZEL, 1969, p. 47, p. 67; cfr. CASTILLO GONZÁLEZ, 2009, II, p. 17 ss.

102 JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 26 I 2; LARENZ, 1980, p. 191. Este último autor afirma: "A los acontecimientos individuales, estados a demás 'datos' que -cada vez determinados de modo general- constituyen en suma -y lo constituyen en una conexión especialmente configurada- un supuesto de hecho, los llamamos elementos del supuesto de hecho".

103 Cfr. MAURACH/ZIPF, 1992, § 24 I N° 7 ss.; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 25 IV 2 b; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, §§ 13 ss. N° 18; POLAINO NAVARRETE, 2000, p. 408 ss.

104 MAYER, 1923, p. 184 ss.; MEZGER, 1926, p. 41 ss.; cfr. STRATENWERTH, 2005, § 8 N° 14 ss.

105 MEZGER, 1946 I, p. 376.

lo que no es ilícito a pesar de su tipicidad[106]. De esta manera se incurre en una incoherencia, lo que ha permitido afirmar que esta concepción es sólo formalmente distinta a la que considera la tipicidad como un indicio de la antijuricidad[107].

La importancia de adoptar el criterio de la *ratio cognocendi* es más de orden 1101
sistemático que práctico, pues, hace posible el análisis escalonado de la teoría del delito. En el fondo, tanto esta opinión como la de la *ratio essendi* tienen en común algo significativo: cuando se considera un comportamiento adecuado a un tipo legal, se le valora negativamente. Esto significa que, a pesar de ser lícito en razón a una causa de justificación, no se le equipara al comportamiento sin relevancia penal por ser atípico. De esta manera, se está lejos de la vieja concepción que equiparaba la muerte provocada por el asesino con la causada por un hecho natural; siendo la primera conforme a un tipo legal implica una apreciación negativa, ya que el tipo legal no es una descripción acromática del comportamiento incriminado.

2. Teoría de los elementos negativos del tipo legal

Según esta concepción[108], el tipo legal debe ser concebido como el conjun- 1102
to de todas las circunstancias que determinan el carácter ilícito del hecho, es decir, tanto aquellas que constituyen su fundamento como aquellas que lo niegan (causas de justificación, por ejemplo). Esto supone admitir que junto a los elementos positivos del tipo legal, se encuentran los aspectos negativos correspondientes. La conclusión de este planteamiento es admitir una sistemática de dos niveles en el análisis del delito (ilícito típico y culpabilidad), en oposición a la sistemática a tres niveles: tipicidad, ilícitud y culpabilidad.

Los elementos negativos del tipo legal están constituidos por las causas de 1103
justificación, las mismas que sólo por razones de técnica legislativa son previstas en la parte general del Código y no en cada una de las disposiciones de la parte especial. Por ejemplo, respecto al art. 185 (hurto), el tipo legal está conformado por los elementos positivos que deben realizarse (el hecho de sustraer, una cosa mueble ajena, el acto de apoderamiento, el deseo de

106 Mezger, 1946 I, p. 90.

107 Wessels/Beulke, 2001, N° 122.

108 Engisch, 1958, p. 583; 1960, p. 406; Arthur Kaufmann, 1983, p. 102; Otto, 1998, § 5 III; Günther, en SK, AT 1, Vor § 32 N° 6 ss.; Lenckner, en Schönke/Schröder, 2006, §§ 13 ss. N° 15 ss.

enriquecerse) y los elementos que no deben darse (p. ej., la ausencia de un estado de necesidad al hurtar la cosa). Si esta circunstancia de justificación concurre, el acto no es conforme al tipo legal.

1104 De esta manera, se niega la diferencia valorativa entre la tipicidad y la antijuricidad. Puesto que la constatación del carácter ilícito del acto sólo se logra después de comprobar tanto su tipicidad como la ausencia de causas de justificación, ambas categorías constituyen, en buena cuenta, una sola. Por esto, no se justifica que los elementos del tipo legal referentes a la antijuricidad y a las circunstancias excluyentes de ésta sean considerados separadamente en dos categorías diferentes.

1105 Muchos son los juristas que aceptan la idea de la teoría del delito a dos niveles, la cual es sostenible tanto desde una perspectiva lógica como axiológica[109]. Los factores que fundamentan el carácter ilícito y aquellos que lo excluyen, en consideración a su índole y finalidad, pueden ser estimados como parte de una sola categoría. Además, la referencia a estos factores en los tipos legales no es siempre uniforme ni constante. Aparecen, muchas veces, sin distinción, relacionados con la tipicidad o la ilicitud. El "provecho ilícito" necesario en caso de estafa (art. 196) constituye una alusión directa al ilícito, pero su ausencia excluye ya la tipicidad. En caso de coacción (art. 151), el actuar de acuerdo con la ley no sólo justifica el acto sino que impide que sea conforme al tipo legal.

1106 Sin embargo, hay que tener en cuenta que la tipicidad y la antijuricidad tienen funciones diferentes, además de la que las une y que consiste en la determinación del carácter ilícito del comportamiento en cuestión[110]. La tipicidad, derivada directamente del principio de la legalidad, indica en abstracto, en general, cuales son los actos incriminados. Constituye así un instrumento eficaz para influenciar la conciencia de las personas y desempeña por consiguiente un papel importante en la prevención general. Las causas de justificación se hallan en relación negativa con el ilícito, ya que su presencia determina la conformidad del acto con el ordenamiento jurídico. Su efecto decisivo se da, en consecuencia, en relación con el caso concreto y no con el acto descrito de manera resumida y breve en el tipo legal. Las causas de justificación no son reguladas en relación con cada uno de los tipos legales, sino más bien apreciadas conforme a criterios generales de equidad, justicia y proporcionalidad. Su fuente es todo el ordenamiento jurídico y no sólo la

[109] Roxin, 2006a, § 10 N° 16.

[110] Roxin, 2006a, § 21 N° 20.

ley penal. Estas constataciones, que no se orientan a individualizar diferencias fáctica, justifican que se mantenga separada la tipicidad de la antijuricidad y se prefiera, por lo tanto, el análisis del delito a tres niveles (tipicidad, ilícito y culpabilidad)[111]. Por esto debe afirmarse[112] que la tipicidad es la *ratio essendi* del ilícito (constituido por el acto que es típico y antijurídico, *das Unrecht*), pero sólo la *ratio cognoscendi* de la antijuricidad (ausencia de toda causa de justificación) en el caso concreto. Todo esto tiene tanto una importancia para la práctica como para el análisis teórico.

IV. Tipo legal objetivo

1. Introducción

Si en la estructura del tipo legal se distinguen un aspecto objetivo y otro subjetivo, esto no significa que sea el resultado de la suma de ambos. El tipo legal debe ser percibido, por el contrario, como una entidad única, puesto que la acción descrita tiene siempre una dimensión externa y otra interna. Además, los diversos factores que la conforman no pueden ser ubicados con facilidad en uno u otro lado: lo subjetivo y lo objetivo del comportamiento humano están estrecha e indisolublemente vinculados. Por lo que resulta casi imposible una división concluyente del tipo legal en una parte objetiva y otra subjetiva. 1107

Puede considerarse, como criterio práctico, que pertenecen al tipo objetivo, en particular, todas aquellas referencias que se hacen a lo que se encuentra fuera del mundo interno del autor[113]. Es decir, tanto de las circunstancias del mundo exterior que pueden ser aprehendidas directamente por la simple observación o cuya apreciación exige una valoración jurídica, ética o social (el ser ajena y mueble la cosa objeto de un hurto: art. 185; la obscenidad del objeto del delito de ofensa al pudor público: art. 183), como de aquellas que forman parte de la esfera interna de la víctima (la grave alteración de la conciencia que sufre la persona objeto de una violación presunta: art. 172)[114]. 1108

111 Roxin, 2006a, § 21 N° 23.

112 Gallas, 1955, p. 23, nota 53a; Jescheck/Weigend, 1996, § 21 III 1; Maurach/Zipf, 1992, § 24 N° 1 ss.; Rudolphi, en SK, AT 1, Vor § 1 N° 34, 37; Wessels/Beulke, 2001, N° 123.

113 Jescheck/Weigend, 1996, § 27 I 1; Lenckner, en Schönke/Schröder, 2006, § 13 ss. N° 62; Wessels/Beulke, 2001, N° 136 ss.; Gropp, 1997, § 5 N° 2 ss.

114 RN N° 2117-97 Lima, del 31 de marzo de 1998, en Rojas, 1999, p. 153 ss.

1109 Pero es de tener presente, sin embargo, primero, que las referencias a las circunstancias externas del comportamiento, con frecuencia, aluden implícitamente al mundo interno del agente (p. ej., respecto a la misma acción: matar, sustraer, defraudar). Segundo, que se menciona, en algunas oportunidades, de modo directo un fenómeno subjetivo propio a la persona del autor (p. ej., la emoción violenta en el homicidio pasional, art. 109).

1110 La distinción entre tipo objetivo y tipo subjetivo tiene, sobre todo, alcances prácticos importantes y por esto es de analizarlos separadamente. Sin embargo, no es de olvidar que constituyen dos caras de una misma moneda y, por tanto, su correcta apreciación sólo es posible si se les considera globalmente.

2. Elementos descriptivos

1111 En doctrina, como lo hemos señalado, se distinguen, los elementos descriptivos de los normativos[115]. Esta diferenciación es importante en relación con la separación entre tipicidad y antijuricidad, así como con respecto al dolo.

1112 Los elementos descriptivos son referencias a "determinados hechos, circunstancias, cosas, estados y procesos corporales o anímicos [ajenos al autor]" y que, caso por caso, deben ser comprobadas por el juez cognoscitivamente[116]. Por ejemplo, "matar" (art. 106); "bien" (art. 185).

3. Elementos normativos

1113 Estos elementos, por el contrario, sólo pueden ser determinados mediante una apreciación de valor[117]. Esta última puede tener un fundamento jurídico: así, la noción de "total o parcialmente ajeno" (art. 185), o de "funcionario público" (art. 377) reposar sobre la experiencia o criterios morales y culturales, como el concepto de "carácter obsceno" (art. 183).

1114 En ciertos casos, algunos tipos legales contienen elementos muy ligados a la noción de antijuricidad. Para apreciarlos, el juez formula un verdadero

---

115 Polaino Navarrete, 2000 I, p. 427 ss.; Bacigalupo, Arts. 10, en Conde-Pumpido/López Barja de Quiroga, 2007, p. 52 ss

116 Trechsel/Noll, 2004, p. 77 ss.; Roxin, 2006a, § 10 N° 58; Jescheck/Weigend, 1996, § 26 IV 1.

117 Engisch, 1954, p. 147; Mezger, 1946 I, p. 388.

juicio normativo. Jiménez de Asúa[118] estimaba que se trataban de "impaciencias del legislador" y que estos elementos normativos debían ser comprendidos de manera restrictiva. En su opinión, estos componentes dan al juez un poder muy grande, al hacer demasiado elástica la definición legal. Estos elementos están indicados por términos como: "ilegítimamente" (art. 185), "indebidamente" (art. 157), "sin derecho" (art. 159).

En relación con la ilicitud, elemento del delito, es necesario tener en cuenta 1115
si el adjetivo "ilícito" o "antijurídico" se refiere a algún elemento singular del tipo legal (p. ej., art. 196: "el que se procura para sí o para otro un provecho ilícito") o al comportamiento descrito en su totalidad (p. ej., art. 152: "el que sin derecho, priva a otro de su libertad personal..."). En el primer caso, se trata de un verdadero elemento del tipo; en el segundo, de una referencia superflua al carácter antijurídico de la acción.

La distinción entre elementos descriptivos y normativos es bastante vaga y 1116
muy discutida[119]. En buena cuenta debe, más bien, hablarse de elementos preponderantemente descriptivos o normativos. Por ejemplo, el elemento "bien" del art. 185 no es sólo descriptivo, ya que el intérprete debe practicar un juicio de valor para fijar su amplitud.

4. Sujeto activo

Las disposiciones de la parte especial del Código comienzan, en general, 1117
por la expresión: "el que...". De esta manera, se indica que cualquier persona puede obrar como sujeto activo, sin importar el sexo. Para abarcar mejor a las mujeres bien podría emplearse el término "quien", en lugar de "el que" (relativo a las personas de sexo masculino). Raras son las disposiciones que prevén como ejecutantes del delito sólo a hombres o sólo a mujeres. Por ejemplo, el infanticidio puede ser cometido únicamente por la madre como autora principal; el tercero que interviene, según las circunstancias, será autor de homicidio o cómplice secundario.

En algunas disposiciones, se circunscribe esta condición a un círculo de- 1118
terminado de personas. De acuerdo con la manera según la cual los tipos legales han sido elaborados, la calidad especial del autor está determinada,

---

118 Jiménez de Asúa, 1964 III, p. 181; 1959, p. 257: "Es evidente que los elementos descriptivos del tipo legal consolidan la igualdad y la seguridad jurídicas; los elementos normativos por el contrario, las ponen en peligro".

119 Roxin, 2006a, § 10 N° 58.

en primer lugar, por el hecho de que éste es titular de un deber especial y que lo viola mediante su comportamiento. Por ejemplo, en el caso de abuso de autoridad, sólo quien es funcionario público y, por tanto, portador del deber de función puede realizar el tipo penal del art. 376. El fundamento de la represión es la violación de dicho deber. A esta clase de infracción, se le denomina "delito especial propio" y no existe un delito común correlativo.

1119 En algunos tipos legales, el legislador determina quién puede ser autor de manera más o menos indirecta. Con este objeto, describe la situación de hecho o la relación entre las personas concernidas de la cual surge el deber especial o se refiere al deber expresamente. Por ejemplo, la aceptación ilegal de un cargo público (art. 381, inc. 2) sólo puede ser cometida por quien, a pesar de que no cuenta con los requisitos legales, es designado por un funcionario público.

5. Objeto del delito

1120 Se trata de la persona o cosa sobre la cual recae la acción delictuosa[120]. Tratándose de personas, en algunos casos, el objeto del delito es, también, el titular del bien jurídico dañado o puesto en peligro. Por ejemplo, en los delitos contra la vida la acción recae sobre una persona viva, la misma a quien pertenece el derecho a la vida. En otros casos, ambos se distinguen con claridad; por ejemplo: en el hurto, la cosa mueble ajena y la persona que tiene el derecho de propiedad sobre la cosa. Así mismo, en el desacato (art. 374) el funcionario público ofendido en su dignidad o decoro es el objeto del delito, pero no el titular del bien jurídico (administración pública). De esta manera, el legislador prevé condiciones particulares respecto a la persona que es el objeto del delito. Así, el caso del menor de edad respecto al delito de sustracción de menor (art. 147) o del comerciante y acreedor en relación con los delitos en la quiebra (arts. 209 y 210).

6. Acción típica

1121 El verbo principal de la descripción legal (p. ej.: matar, apoderarse, no prestar ayuda, falsificar) designa el comportamiento incriminado, elemento esencial del aspecto objetivo del tipo legal. Dicha acción es a veces precisada indicándose sus modalidades (ser ejecutado en territorio nacional: arts.

---

120 Stratenwerth, 2005, § 9 N° 12 ss.; Jescheck/Weigend, 1996, § 27 II 2; Maurach/Zipf, 1992, § 19 N° 14 ss.

336 y 338), los medios utilizados (violencia o intimidación: art. 188, astucia o engaño: art. 196), el objeto del delito sobre el que recae la acción (persona: art. 106; bien mueble: art. 185; documento: art. 427).

Considerando la manera como se ha descrito la acción, se distinguen diferentes clases de tipos legales[121]. A veces, el delito es descrito como el simple hecho de llevar a cabo una acción y, por tanto, sin tener en cuenta alguna modificación del mundo exterior fuera de la consistente en la misma ejecución del comportamiento. Se habla entonces de "delitos de pura actividad"[122]. Según el art. 159, *in initio*, la violación de domicilio es consumada mediante la simple penetración, sin derecho, en morada o casa de negocio ajena. El carácter ilícito de estos comportamientos está determinado por sus modalidades y las circunstancias en que son ejecutados. 1122

En la mayor parte de casos, por el contrario, la acción es descrita en relación con la producción de un resultado determinado. Por tanto, para la realización del tipo legal debe producirse una modificación determinada del mundo exterior, física y cronológicamente separada de la misma acción. Por esto, este tipo de infracciones es denominado "delitos de resultado"[123]. El resultado puede consistir en la destrucción del objeto del delito (la persona viva en el homicidio, arts. 106 ss.; el bien mueble o inmueble ajeno en los daños contra la propiedad, art. 205) o en la creación de una situación de peligro concreta (la exposición a peligro de muerte o grave e inminente daño, art. 125). El carácter ilícito del comportamiento prohibido está determinado tanto por la acción (golpear, apuñalar, destruir, inutilizar) como por el resultado (muerte y perjuicios materiales). 1123

En estos ejemplos, se percibe sin gran esfuerzo en que consiste el resultado porque el tipo legal determina de modo bastante claro el objeto del delito: la persona viva y el bien mueble o inmueble. Este objeto debe ser distinguido de los bienes jurídicos correspondientes: vida y patrimonio. Es menos fácil cuando el bien jurídico carece de base material; por ejemplo, en los delitos contra el honor cuyo fundamento ("base material") es la dignidad de la persona. En caso de la injuria (art. 130), por ejemplo, el tipo legal no se agota en la sola ejecución de la acción (escribir una nota insultante), sino que las expresiones escritas deben ser conocidas y comprendidas por el 1124

121 Polaino Navarrete, 2000, p. 433 ss.

122 Acale, 2000, p. 74 ss.

123 Jescheck/Weigend, 1996, § 26 II 1 a; Roxin, 2006a, § 10 N° 102; Wessels/Beulke, 2001, N° 22; Jakobs, 1991, 6/78. Cfr. Laurenzo Copello, 1992.

destinatario, pues, sólo así se explica que se ofenda o ultraje. Sólo entonces, el tipo legal es realizado de manera plena.

1125 El resultado es siempre determinado según el sentido del tipo legal. Así, puede ser definido, como todo efecto del comportamiento incriminado, previsto en el tipo legal y que se distingue física y cronológicamente de la misma acción (el perjuicio o puesta en peligro concreta del objeto del delito). El criterio de referencia no es el bien jurídico, pues, si por efecto y consecuencia de un hecho se entendiera su menoscabo, todo delito sería de resultado, puesto que los delitos de pura actividad también atacan a los bienes jurídicos. Esta agresión se comprende más bien como la relación entre la acción típica y la exigencia de respetar el bien jurídico protegido por la disposición penal (p. ej., el cuestionamiento de la pretensión de conservar la integridad corporal como una condición para vivir en libertad).

1126 En cuanto a los efectos de la acción sobre el objeto del delito, se distingue entre delitos de lesión y delitos de peligro[124]. En los primeros, dicho objeto debe ser dañado (muerte o lesiones de una persona, destrucción o inutilización de una cosa, incendio de un inmueble). Respecto a los segundos, es suficiente que el agente mediante su acción cree un riesgo para el objeto del delito.

1127 Según los tipos legales, la referencia a la situación de peligro puede consistir en una presunción que la acción en sí misma es un comportamiento riesgoso y que, en consecuencia, basta su ejecución para considerar realizado el tipo legal. En éste, no se prevé la situación de peligro, distinta a la misma acción, como un elemento constitutivo de la infracción, la cual es calificada de "delito de peligro abstracto". Por el contrario, cuando la creación del peligro está prevista en el tipo legal, el delito sólo será consumado si la acción ha producido una situación de la cual pueda derivarse un perjuicio para el objeto de la infracción. Se habla entonces de "delito de peligro concreto". La omisión de auxilio de personas heridas o en peligro (art. 127) es un delito de peligro abstracto. Por el contrario, la exposición de personas en peligro (art. 125, primera hipótesis), así como la creación de un peligro común mediante incendio (art. 273) constituyen delitos de peligro concreto.

1128 Si se consideran las formas fundamentales de la conducta humana, se distinguen los delitos de comisión de los de omisión; según que la realización

[124] STRATENWERTH, 2005, § 9 N° 15; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 26 II 2; MAURACH/ZIPF, 1992, § 20 N° 31; ROXIN, 2006a, § 10 N° 122 ss.; WESSELS/BEULKE, 2001, N° 27 ss.; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, §§ 13 ss. N° 129. Cfr. *infra* N° 2033 ss.

del tipo legal consista en la ejecución de un acto que viola una norma prohibitiva o en la no ejecución de un comportamiento esperado. Entre los delitos de omisión, hay que diferenciar los delitos de omisión de los de comisión par omisión (omisión impropia) (art. 13)[125]. Los primeros forman parte de delitos de pura actividad, ya que en el tipo legal no se hace referencia a la "consecuencia" de la omisión. Los delitos de comisión por omisión, son delitos materiales que consisten en no evitar la producción de un resultado: mediante la violación de una norma preceptiva se infringe una norma prohibitiva. Por ejemplo, la madre que mata a su hijo recién nacido mediante inanición (art. 106, en concordancia con el art. 13).

Los delitos dolosos y culposos, antes diferenciados en razón de la culpabilidad, son dos formas específicas de comportamientos delictuosos. Por regla general, sólo se reprimen los delitos dolosos, esto es, aquellos que son cometidos con conciencia y voluntad. En casos excepcionales, cuando la ley lo declara de modo expreso, se pena a quien actuó culposamente (art. 12)[126]. Al lado de estas formas básicas, se han considerado los denominados delitos preterintencionales. Estos últimos, se caracterizan por la realización de un acto doloso seguido por la producción culposa de un resultado más grave. Por ejemplo, las lesiones graves seguidas de muerte (art. 121, pf. final), el aborto consentido o no, seguido de muerte de la madre (arts. 115, inc. 2 y 116, inc. 2). Estas formas sobrevivientes de la responsabilidad objetiva deben ser derogadas[127], pues, son contrarias al principio de culpabilidad y, en la práctica, sirven para desvirtuar el principio *in dubio pro reo*. Considerando que no basta imponer una pena sólo por el delito que se quiso cometer y no pudiendo sancionar por el resultado más grave por falta de pruebas fehacientes, se prefiere, aprovechando indebidamente la facilidad brindada mediante la preterintención, agravar la pena imputando una culpa no demostrada respecto al resultado causado pero no querido. Se trata, en realidad, de una cuestión relativa a la aplicación correcta de las reglas sobre el concurso de infracciones (concurso ideal entre el delito doloso y el delito culposo, art. 48). 1129

Según la calidad del sujeto que realiza la acción, al lado del gran número de los delitos que pueden ser cometidos por toda persona (delitos comunes), hay que considerar los delitos especiales (*delictum propium*) y los delitos 1130

125 Cfr. *infra* N° 1962 ss.

126 Cfr *infra* N° 1886 ss.

127 Diez Ripollés, 1983, 112 ss.

de propia mano. En los primeros[128], la autoría está limitada a un número determinado de personas, las cuales violan un deber particular (militares, funcionarios, eclesiásticos, etc.); por ejemplo, los delitos cometidos por los funcionarios: abuso de autoridad (art. 376 ss.), concusión (arts. 382 ss.), peculado (arts. 387 ss.), corrupción activa (art. 393 ss.) (delitos especiales propios). La violación de dicho deber está prevista, a veces, como una circunstancia agravante de la pena. Este es el caso de la apropiación indebida cometida por quien obra en calidad de curador, tutor, albacea, etc. (art. 190, inc. 2). El tipo legal básico puede ser realizado por cualquiera a quien la víctima haya confiado un bien mueble. El carácter ilícito de este comportamiento se acentúa por el hecho de que, por ejemplo, el tutor, además de no respetar el deber general de devolver la cosa a la víctima que se la había confiado, infringe su deber específico de tutor (delito especial impropio). Esta circunstancia justifica una punición más severa.

1131 Los delitos de propia mano[129] sólo pueden ser cometidos por la persona indicada en el tipo legal como autor. Esto supone que el sujeto activo intervenga corporalmente en la realización de la acción (conducir un vehículo motorizado en estado de ebriedad, art. 274), que actúe personalmente (prevaricato, art. 418) o que manifieste una declaración (*Aussagedelikte*) (falso testimonio, art. 409). Por consiguiente, esto significa que sólo dicha persona puede violar la prohibición o desobedecer el mandato del orden jurídico. Esta noción es útil para explicar que en ese tipo de delitos sólo pueden ser autor, coautor o autor mediato quienes pertenecen al círculo de autores previsto en el tipo legal (*intraneus*). Para precisar lo explicado, es oportuno señalar que no constituyen delitos de propia mano, por ejemplo, la violación (art. 170) o el aborto cometido por la propia mujer en cinta (art. 114). En este último caso, la condición de mujer embarazada sólo es una circunstancia atenuante de ésta infracción que puede ser cometida por toda persona. En cuanto a la violación, basta que cualquiera realice (aún una mujer) uno de los elementos del tipo legal (ejercer violencia sobre la víctima) para que, conforme a las circunstancias del caso concreto, pueda ser considerada como coautor.

---

128 Stratenwerth, 2005, § 9 N 5; Jescheck/Weigend, 1996, § 26 II 6; Roxin, 2006a, § 10 N° 128 ss. Cfr. ES del 18 de diciembre de 1997, Exp. N° 106-97 Lima, en Rojas, 1999, p. 123 (ver Dictamen del Ministerio Público); ES del 4 de octubre de 1996, Exp. N° 3299-94-B Lima, en Rojas, 199, p. 125.

129 Stratenwerth, 2005, § 13 N° 17 ss.; Cfr. Maurach/Zipf, 1992, § 21 N° 3 ss.; Schultz, 1982b, p. 137, 284; Jescheck/Weigend, 1996, § 26 II 6; Wessels/Beulke, 2001, N° 40.

Los delitos que prevén los llamados tipos legales residuales, de recogida o captura (*Auffangtatbestände o Aufgreiftatbestände, catch-all clauses*)[130] están vinculados con el principio de subsidiaridad de las normas y consisten en la descripción simplificada de un comportamiento establecido en otro tipo legal de manera más precisa, de modo que los comportamientos que no encajan en este tipo legal caen en el tipo más general. El objetivo es evitar que no se reprima a quien no realizó el primer tipo legal. Sin embargo, la cuestión se aclara si se consideran las consecuencias procesales que tiene dicha manera de elaborar tipos legales. La principal es que facilita la prueba del hecho punible en comparación con las dificultades que presenta probar todos los elementos del delito más complejo. Esto explica que inicialmente la problemática de los tipos legales residuales fuera planteada en relación con las cuestiones del *in dubio pro reo* y de la constatación alternativa de los hechos[131]. La crítica formulada contra los tipos residuales es que no son conformes al principio de la legalidad. Un ejemplo de tipo legal residual es el previsto en el art. 438, relativo al delito de falsedad genérica, en la medida en que dispone que será reprimido quien "de cualquier otro modo que no esté especificado en los Capítulos precedentes [concerniendo los delitos contra la fe pública], comete falsedad simulando, suponiendo, alterando [...]"[132]. Así mismo, tiene la misma índole el art. 401, enriquecimiento ilícito, que se aplica cuando el patrimonio ilícitamente incrementado proviene de otros delitos cometidos por funcionarios, como el cohecho, el peculado, la concusión[133]. 1132

Se distingue también entre delito de estado y delito permanente[134]. El primero es consumado con la simple realización de la acción y la creación de la situación ilícita, la misma que perdura sin que vuelva necesariamente a intervenir el agente. Ejemplos típicos son el homicidio, art. 106 (consumado con la muerte de la víctima), la bigamia, art. 139 (consumada con la contracción del segundo matrimonio), los daños contra el patrimonio, art. 205 (consumado con el hecho de destruir o inutilizar un bien mueble o inmueble ajeno). El delito permanente consiste en que el agente no sólo crea la situación ilícita sino que además ésta se mantiene mientras él prosigue realizando la acción; por ejemplo, el secuestro (art. 152) y la violación 1133

130 Tiedemann, 2010, N. 64 ss.

131 Jescheck/Weigend, 1996, p. 147 ss.

132 Cfr. ES recaída sobre el Exp. N. 4191-96 Huaura, Rojas, 1999a, p. 798.

133 Abanto Vasquez, 2001, p. 484 ss.

134 Cfr. Jescheck/Weigend, 1996, § 26 II 2 a; Wessels/Beulke, 2001, N° 31 ss.

de domicilio (art. 159, segunda hipótesis). El secuestro dura tanto tiempo como el agente mantiene la víctima privada de su libertad y la violación de domicilio todo el tiempo que el agente permanece en el domicilio de la víctima en contra de la demanda de ésta para que se retire. La participación criminal es posible mientras continúa la acción delictuosa y el plazo de prescripción de la acción penal comienza a contarse a partir del momento en que el agente termina de obrar (art. 82, inc. 4).

1134 De acuerdo al número de bienes jurídicos protegidos[135], hay delitos simples (un solo bien jurídico es tomado en consideración; ejemplo, la vida en caso del homicidio, art. 106) y delitos complejos (varios bienes jurídicos, a niveles diferentes, son objeto de la protección penal; por ejemplo, el patrimonio, la libertad, la vida o la salud, art. 189, robo).

1135 En relación con el número de acciones descritas en el tipo legal, se habla[136], primero, de tipos simples: en ellos se describe una sola acción, como sucede por ejemplo con la apropiación ilícita de un bien (art. 192) y la bigamia (art. 139). Segundo, de tipos alternativos: en éstos se describen diversas acciones. La sanción es impuesta al autor de cualquiera de éstas. Gramaticalmente, estos tipos quedan caracterizados casi siempre por el empleo de la conjunción disyuntiva "o" que aparece entre los verbos rectores o las diferentes conductas[137]; por ejemplo, el delito de receptación (art. 194, adquirir, recibir en donación o en prenda o guardar o esconder, vender o ayudar a negociar). Tercero, de tipos acumulativos: en éstos se describe la acción delictuosa como constituida por varias conductas que deben ser cometidas conjuntamente para que la sanción se imponga. Es el caso del delito de terrorismo previsto en el art. 2 del DL N° 25475. El agente debe, por ejemplo, alarmar a la población, realizar actos contra la vida y emplear artefactos explosivos.

1136 En razón de que las disposiciones penales de la parte especial del Código tienen entre sí determinadas relaciones internas, se puede distinguir entre tipos básicos, calificados y privilegiados. Los primeros contienen la descripción que sirve de base a las otras dos clases de tipos, como sucede con el homicidio simple (art. 106). Los tipos calificados agregan al tipo básico elementos que fundan la agravación de la pena (p. ej., la relación de parentesco en el parricidio, art. 107) y los tipos privilegiados añaden al tipo

135 Roxin, 2006a, § 10 N° 125.

136 Maurach/Zipf, 1992, § 20 IV N° 43 ss.; Wessels/Beulke, 2001, N° 107 ss.

137 Novoa, 1960, I, p. 323.

básico elementos que determinan la atenuación de la pena (p. ej., la emoción violenta en el caso del "homicidio pasional", art. 109). Además, hay que señalar a los denominados "tipos legales *sui generis*", que también son elaborados teniendo en cuenta un tipo básico, pero tienen autonomía por la manera como han sido concebidos (p. ej., la instigación o la ayuda al suicidio, art. 113).

Por último, se diferencia entre delitos de dominio (*Herrschaftsdelikte*) y delitos consistentes en la infracción de un deber (*Pflichtdelikte*). Esta distinción es, sobre todo, practicada en el ámbito de la autoría y de la participación[138]. En un principio, la categoría de los delitos consistentes en la infracción de un deber fue concebida[139] para referirse a los delitos de omisión y a los delitos especiales, respecto a los cuales se admite que existe autoría cuando se comprueba que se ha violado simplemente un deber, sin que sea indispensable constatar que el agente tenía el dominio del hecho. De estos criterios se deduce, por ejemplo, que quien posea el dominio no responda como autor si es que no está investido del deber y que se niegue la coautoría en el caso de los delitos de omisión, porque cada uno de los agentes es autor individual en la medida en que infringe su propio deber. 1137

En la doctrina reciente, el binomio delitos de dominio/delitos consistentes en la infracción de un deber es considerado desde una perspectiva diferente. Con este objeto, se abandona la diferencia entre acciones y omisiones[140] y se afirma, que la responsabilidad penal se deriva, por un lado, del ámbito de dominio propio que cada quien se configura (llamado competencia por organización)[141], por ejemplo, conducir un vehículo a motor o cualquier actividad empresarial y, por otro lado, de los ámbitos de dominio configurados previamente (competencia institucional)[142]. Tal sería el caso, por ejemplo, del deber que tiene toda madre de cuidar y alimentar a su hijo menor, o el deber del juez de administrar justicia. De donde se concluye vinculando la responsabilidad derivada de la competencia por organización a los delitos de dominio, y la responsabilidad basada en la competencia institucional a los delitos que consisten en la infracción de un deber. 1138

138 Jakobs, 1996, p. 61 ss.; Sánchez-Vera, 2002, p. 105 ss.; Piña, 2003, p. 49 ss.

139 Roxin, 2000a, p. 352 ss.

140 Jakobs, 1991, 7/70

141 Jakobs, 1991, 29/29

142 Jakobs, 1991, 29/57 ss.

7. Relación de causalidad e imputación objetiva

a. Introducción

1139 En cuanto a los delitos materiales, por oposición a los de pura actividad, el tipo legal prevé la producción de un resultado (perjuicio o puesta en peligro concreta). Sólo respecto a ellos es indispensable constatar la realización de este elemento constitutivo del tipo legal, así como el nexo entre éste (fallecimiento de la víctima) y la acción (envenenar).

1140 Debido a que el derecho penal no tiene como objetivo sólo evitar que se cause un daño social, la imputación del resultado al autor de la acción es determinada en el marco del tipo legal. El hecho de causar el resultado prohibido no basta para fundamentar la responsabilidad penal. Es indispensable, además, que el nexo entre acción y resultado se base en un "proceso causal conforme al tipo legal"[143]. En este sentido, la "causa" (la acción u omisión) es relevante para el derecho penal.

1141 Por esto es conveniente distinguir la cuestión empírica relativa al hecho de causar el resultado de la cuestión normativa referente a la posibilidad (también de orden normativo), de imputar objetivamente éste al autor de la acción. La primera está relacionada con el criterio de las ciencias naturales, según el cual es posible explicar la causa de todo suceso espacio-temporal que se da en el mundo exterior[144]. Así, se ha comprobado empíricamente que el arsénico es letal, la explosión de una granada destruye y mata, el fuego provoca incendios. De donde no es demasiado difícil admitir que el fallecimiento de una persona contra quien se lanza una granada ha sido provocado por tal medio. La segunda implica que la relación de causalidad sea concebida como una categoría relacional de tipo social y jurídico. Por lo tanto, la imputación del resultado al autor en derecho penal no tiene el mismo sentido que la causalidad en las ciencias naturales.

1142 Sin embargo, esto no significa que en derecho penal no se tenga en cuenta lo establecido en las ciencias naturales. La causalidad conforme a las leyes naturales (frutos de la experiencia y de las constataciones científicas) es el punto de partida del criterio normativo de imputación del resultado

---

143 Wessels/Beulke, 2001, N° 154; Baumann/Weber/Mitch, 2003, § 14 N° 2; Cfr. Castillo González, 2009, I, p. 388 ss.; Velásquez, 2010, p. 356 ss; Marinucci/Dolcini, 2006, p. 158 ss.

144 Cfr. Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2000, 436 ss.

(*Formel von der gesetzmässigen Bedingung*)[145]. No puede ser negada cuando su presencia es comprobada conforme a los criterios científicos; pero sí se puede, aún en su ausencia, admitir normativamente un nexo entre la acción y el resultado para imputar éste al autor de la primera. Es el caso de la omisión impropia, en el que se imputa al autor, por ejemplo, la muerte de una persona por el sólo hecho de abstenerse de impedir este resultado. A pesar de que no existe, en sentido material o fáctico, relación de causalidad entre la omisión y el resultado, se imputa éste al agente porque, además de las otras circunstancias requeridas, tenía la obligación de intervenir (posición de garante). No obstante, aun cuando exista la relación de causalidad conforme a la experiencia y a las leyes naturales no se admite de modo necesario que sea significativa en el ámbito penal y, por tanto, no se imputa el resultado perjudicial al agente. Por ejemplo, el caso de quien, con intención de matar, lesiona a una persona, que trasladada en ambulancia al hospital fallece, pero por falta de atención médica o por el incendio que se produce en la sección donde había sido internada. El factor causal producido por el agente no basta para imputarle de manera objetiva el resultado muerte a título de homicidio consumado.

Las cuestiones planteadas, tradicionalmente, han tratado de ser resueltas como si el objetivo fuera conocer mejor el fenómeno causal para definir la causalidad con mayor precisión. En realidad, lo que se ha hecho es fijar qué otras circunstancias deben darse, además de la relación básica establecida mediante la experiencia cotidiana y científica, para poder imputar el resultado al autor de la acción. En derecho penal, se trata de un problema de imputación en el que los criterios normativos son esenciales. 1143

De manera correcta, no se previó en el CP de 1924, ni en el vigente ninguna disposición sobre la relación de causalidad. Cualquier fórmula legal por la que se trata de establecer estos criterios no deja de ser simplemente declarativa y su interpretación da lugar siempre a los mismos planteamientos que hemos analizado. Así, nada se gana si se prevé un precepto en el que se diga, por ejemplo, que "el resultado es imputable sólo a quien, por acción, lo haya causado o, por omisión, no lo haya impedido". Lo mismo cuando se precisa, como en el art. 9 del Proyecto de agosto 1985, que "la causa relativamente independiente que sobreviene excluye la imputación cuando por sí sola, produce el resultado...". El problema subsiste por que no se precisa lo que es "causar" o "producir". Todas estas regulaciones debe ser interpretada 1144

[145] JESCHECK/WEIGEND, 1996, p. 254.

y, con este objeto, invocarse los diversos criterios propuestos para afirmar que la acción debe ser considerada como causa del resultado.

1145 De acuerdo con nuestros objetivos, nos limitaremos a describir, de modo esquemático, las tres opiniones más importantes: la teoría de la equivalencia de las condiciones, la teoría de la causalidad adecuada y la teoría de la relevancia. La primera porque, bien comprendida, constituye la base indispensable, pero nunca suficiente, para determinar si la realización de la infracción es obra del agente, y las otras dos porque han sido el punto de partida para desarrollar la doctrina de la imputación objetiva: una nueva manera normativa de atribuir, en el nivel de la tipicidad, el resultado al agente.

1146 La evolución de las ideas sobre la relación de causalidad constituye el desarrollo de los diversos esfuerzos realizados para restringir las consecuencias de la aplicación del criterio de la equivalencia de las condiciones[146]. La misma que no permitía descartar eficaz y prontamente los problemas referidos, por ejemplo, a los casos denominados causalidad alternativa, adelantada, hipotética o interrupción del vínculo causal.

b. Teoría de la equivalencia de las condiciones

b.1. Descripción

1147 Su elaboración y desarrollo tuvieron lugar bajo la influencia de las nacientes ciencias naturales, según las cuales toda modificación del mundo exterior puede ser explicada mediante la causalidad (no hay efecto sin causa)[147].

1148 De acuerdo con este criterio todas las condiciones de la realización de una modificación del mundo son de igual significación. Sin embargo, el factor determinante no está dado por el conjunto de estas condiciones, sino por el hecho de que se considera a cada una de ellas de manera autónoma. En consecuencia, cada una debe ser tomada en cuenta para comprender la producción del resultado[148].

1149 Para determinar si una acción humana ha perjudicado a un tercero, se recurre a la fórmula según la cual una acción es causa del resultado cuando no puede ser hipotéticamente eliminada sin que éste desaparezca al mismo

146 KÜHL, 2000, § 4, N° 37.

147 GIOVANNONI, 1962, p. 249 ss.; BAUMANN/WEBER/MITCH, 2003, § 14 N° 10 ss.

148 GROPP, 1997, § 5, N° 15.

tiempo[149] (de no haber disparado el delincuente sobre la víctima, ésta no hubiera fallecido). Debido a que no se distingue entre las condiciones según su importancia, se le llama también teoría de la *conditio sine qua non*[150].

b.2. Deficiencias

Se reprocha a la teoría de la equivalencia de las condiciones que su aplicación estricta extiende demasiado el ámbito del derecho penal. Razonando al extremo, se ha afirmado que, siguiendo esta teoría, debería tenerse por responsables a Adán y Eva de todos los delitos que ahora se cometen[151]. Así mismo, que permite se considere penalmente relevante cualquier intervención de una persona en la producción de un daño, lo que puede dar lugar a injusticias en la aplicación de la ley penal. Por ejemplo, en la muerte de Ruperto acaecida al caer a un río en circunstancias en que era perseguido por Mario y Javier, debido a que Manuel les había dicho que Ruperto lo había agredido, debe considerarse -de acuerdo con la manera de valorar la relación de causalidad- que la muerte de Ruperto no sólo es causada por Mario y Javier sino también por Manuel; quien fue el que dio lugar a la persecución y, por lo tanto, sin esta intervención no hubiera acaecido el resultado fatal. De esta manera, no existiría límite alguno para remontar hacia las circunstancias más lejanas del resultado perjudicial. Contra esta crítica, los defensores recurrieron a una particular noción de "prohibición de regreso" (*Regressverbot*)[152], en el sentido de que el *regressus ad infinitum* de las condiciones causantes del resultado se interrumpe cuando un tercero interviene dolosa o culposamente. Así, el caso de la mujer que entrega a su amante una sustancia venenosa, la misma que es utilizada por éste para, sin que lo sepa la primera, matar a su esposa. El comportamiento de la amante no puede ser considerado causa de la muerte por que el acto doloso del esposo interrumpe la relación de causalidad. Este argumento no permite limitar los excesos a que conduce la aplicación del criterio de la equivalencia de las condiciones. En realidad, la causalidad no se interrumpe (existe o no existe) y no hay condiciones más importantes que otras; además, ni mediante el recurso al dolo o la culpa se logra diferenciarlas. 1150

149 Walder, 1977, p. 138; Stratenwerth, 2005, § 9 N° 20.

150 Concebida por Glaser y difundida por von Buri.

151 Baumann/Weber/Mitch, 2003, § 14 N° 27.

152 Cfr. Frank, 1931, p. 14 ss., quien introduce en el derecho penal la categoría denominada "prohibición de regreso". Cfr. Roxin, 1989a, p. 177 ss.; Baumann/Weber/Mitch, 2003, § 14 N° 33 ss. Sobre los orígenes de la prohibición de regreso, Caro John, 2003c, p. 160 ss.

1151 Se considera también ineficaz el criterio analizado en relación con el concurso simultáneo de varias acciones en la realización de un resultado[153]. Por ejemplo, tres individuos apuñalan, al mismo tiempo, una persona, la cual fallece por el efecto conjugado de las lesiones que sufrió. Si hipotéticamente se suprime, de manera sucesiva, la intervención de cada uno de ellos, el resultado no desaparecerá. De modo que debería admitirse, colmo del absurdo, que ninguno ha causado la muerte de la víctima. Lo mismo sucede respecto al hecho consistente en que la muerte de la víctima pudo, así mismo, haber sido cometida por otro de los sicarios a sueldo de la mafia, ya que se puede hacer abstracción del acto homicida sin que desaparezca el resultado.

1152 De modo que si bien hay que estimar que la teoría de la equivalencia destaca de manera correcta la base indispensable para responsabilizar al autor de una acción por el resultado producido, no es satisfactoria en cuanto recurre a una fórmula abstracta para demostrar esta relación. Lo cierto es que su aplicación supone saber de antemano que el hecho cometido o el medio utilizado es propio para causar el resultado. Un ejemplo muy citado es el de la determinación de la causalidad entre la ingestión por una gestante de cierto medicamento dañino (Talidomida o Contergan) y las deformaciones biológicas con que nace el niño. Debido a que la ciencia no ha logrado probar la nocividad del medicamento, subsisten dudas de que éste sea la causa real de las malformaciones del feto. El mismo problema se presentó en el caso español del consumo de aceite de colza[154].

1153 Sin embargo, hay que admitir en muchos casos que los principios de la teoría de la equivalencia de las condiciones bastan para imputar la acción (causa del resultado) la realización del tipo legal[155]. Esto se debe, por un lado, a la concomitancia existente entre acción y resultado, así como a los conocimientos que se poseen sobre los medios empleados en la ejecución y, por otro, a que se tiene en cuenta el marco del actuar típico.

c. Teoría de la causalidad adecuada

c.1. Descripción

1154 Los sostenedores de esta teoría buscaron resolver el problema en el mismo ámbito de la causalidad. Conservaron el proceso hipotético propio de la teoría de la *conditio sine qua non*, rechazaron que toda condición de pro-

153 Stratenwerth, 2005, § 9 N° 40; cfr. Lenckner, en Schönke/Schröder, 2006, §§ 13 N° 83.

154 Paredes Castañón/Rodríguez Montañés, 1995, p. 21 ss.; Bacigalupo, 1997, p. 177 ss.

155 Maurach/Zipf, 1992, §18 N° 20.

ducción del resultado fuera una causa y admitieron que sólo lo era aquella que, conforme a la experiencia y al curso ordinario de los hechos, es adecuada para producir el resultado prohibido[156]. Así, concluyeron que no existe causalidad cuando el desarrollo del nexo causal es anómalo, anormal. En su opinión, no es causa adecuada de la muerte de una persona el hecho de golpearla en la zona del hígado, si ésta, alcohólica, tiene ese órgano hipertrofiado y, por lo tanto, bastante frágil.

c.2. Deficiencias

Esta concepción es imprecisa respecto a la manera cómo debe determinarse el carácter adecuado de la condición; es decir, de la acción con respecto al resultado. Se ha considerado que esta apreciación debe ser practicada teniendo en cuenta el juicio que formularía una persona media según el sector de actividad social al que pertenece el agente (conductor profesional, médico, obrero, electricista). Más aún, se ha afirmado que debería adoptarse una perspectiva más concreta e individual. En el caso del ejemplo, saber si el agente conocía el estado vulnerable del alcohólico. En este sentido, se valora que deben tenerse en cuenta todas las circunstancias de tiempo y de lugar conocidas u objetivamente cognoscibles, así como las capacidades y conocimientos propios del sujeto activo (pronóstico anterior objetivo, *ex ante*)[157]. Entonces, el juez debe, para apreciar el desarrollo de los hechos, colocarse en el lugar de un observador neutro experimentado, capaz y poseedor de los conocimientos del que obra. Pero, en la aplicación de estos criterios, se ha ido tan lejos que, con frecuencia, resulta difícil distinguir la tesis de la causalidad adecuada del criterio de la equivalencia de las condiciones. 1155

Este criterio normativo de causalidad es aplicado en la medida en que se considera[158], por ejemplo, "causa verdadera y única del accidente" el hecho de que el conductor del primer vehículo invadió (contra el reglamento) el lado derecho de la vía, obligando al chofer del segundo automóvil, que venía en sentido contrario, a desviarse hacia el lado izquierdo. La colisión con el tercer vehículo se produjo cuando el primer chofer maniobró con el fin de retomar el derrotero debido. Así mismo, cuando se condena al acusado, a título de autor de lesiones culposas, por haber dejado en la vía pública 1156

156 Gropp, 1997, § 5 N° 36 ss.

157 Cfr. Roxin, 2006a, § 11 N° 35.

158 ES del 9 de octubre de 1935, en AJ 1935, p. 264.

a una yegua chúcara, la cual se encabritó ante la presencia del camión en que viajaba la víctima y levantándose sobre las patas traseras la golpeó en el cráneo. Con este objeto se debe admitir, antes, que la omisión del cuidado necesario por parte del propietario del animal fue "causa del resultado dañino y que éste, conforme al desarrollo normal de las cosas, muy bien podía suceder"[159].

1157 Los criterios propuestos son demasiado ambiguos. Es casi imposible precisar lo que significa "curso ordinario de la vida", "desarrollo normal de las cosas" o "carácter más o menos excepcional de la cadena causal". Cuando según estos criterios no se llega, en el marco del tipo legal, a distinguir las circunstancias relevantes para la causalidad de las insignificantes, el problema es desplazado a otro nivel. Así, en los delitos dolosos, al ámbito de la posibilidad de prever el desarrollo causal y, en los culposos, al de la violación del deber de cuidado en relación con la posibilidad de prever el resultado. A este nivel del análisis, no sería de gran importancia optar por la teoría de la equivalencia de las condiciones o por la de la causalidad adecuada.

1158 El aspecto positivo de la teoría de la causalidad adecuada es el hecho de que, pese a la opinión de sus defensores, no constituye una respuesta empírica al problema que supone. No se trata de una explicación relativa a la causalidad propiamente dicha, sino más bien de un criterio normativo. En la medida en que supone dos niveles de apreciación (la constatación de la relación causal material y, luego, la valoración de si se trata de una condición idónea), la teoría de la causalidad adecuada constituye el antecedente de la teoría de la imputación objetiva[160]. Esto fue puesto en evidencia sobre todo cuando se consideró que la idea de la adecuación debería servir no para negar la relación causal, sino para determinar si ésta era o no relevante[161] para fundamentar la responsabilidad.

d. Teoría de la relevancia

1159 De acuerdo con esta teoría debe distinguirse con precisión la cuestión de la causalidad de la relativa a la posibilidad de imputar objetivamente el resultado. Para responder a la primera, se debe recurrir al criterio de la equivalencia de las condiciones; mientras que respecto a la segunda debe

159 ES del 17 de agosto de 1936, en RT 1935, p. 283.

160 ROXIN, 2006a, § 11 N° 43; LARRAURI, en BUSTOS/LARRAURI, p. 60.

161 GROPP, 1997, § 5, N° 40.

tenerse en cuenta la relevancia del suceso causal para el derecho penal[162]. De la misma manera que la teoría de la causalidad adecuada, considera las condiciones del proceso causal conformes al tipo legal para fundamentar la responsabilidad, deja abierta la posibilidad de tener presente el fin de protección de la norma y las particularidades de cada tipo legal[163].

En la medida en que se aprecian por separado la causalidad del resultado y la imputación del mismo, la concepción de la relevancia constituye un paso adelante porque facilita que se dé una solución cabal al problema de la imputación en el marco del injusto típico objetivo (*objektives Unrechtstatbestand*): la importancia del suceso causal se establece conforme a su adecuación al tipo legal respectivo. 1160

e. Teoría de la imputación objetiva

e.1. Introducción

Mediante esta teoría no se busca solucionar los problemas de causalidad, sino más bien determinar bajo qué condiciones el delito será inscrito en la cuenta del agente como si fuera obra suya[164]. La imputación objetiva constituye el primer paso para precisar la responsabilidad del autor mediante la constatación de que su acción ha realizado un tipo legal[165]. Los siguientes son la imputación del acto típico como ilícito y la imputación del acto típico ilícito como culpable. 1161

Para los partidarios del criterio de la imputación objetiva, comprobar que el resultado ha sido producido mediante una acción es insuficiente para admitir que ésta realiza el tipo legal. En su opinión, es necesario además verificar que dicho resultado sea imputable al agente, precisamente, dentro 1162

---

162 Blei, 1975, § 28 IV; Mezger, 1967, p. 122.; Baumann/Weber/Mitch, 2003, § 14 N° 62 ss.

163 Wessels/Beulke, 2001, N° 176.

164 En el Perú, señalemos dos tesis dedicadas a esta tema: Caro John, 1996; Paredes Vargas. Así mismo, Abanto Vásquez, en Roxin, 1997, p. 14 ss.; Villa Stein, 2008, p. 223 ss.; cfr. Castillo González, 2009, I, p. 430 ss.

165 Frisch, 2004, 87 ss.; García Cavero, 2008. p. 324 ss.; Kindhäuser, 2006, Vor §§ 13, N° 101 ss.; Sentencia del 12 de enero de 1998, RN N° 1767-97 Lima, en la que se menciona la imputación objetiva, pero la impunidad del procesado se debe a la aplicación del principio de la legalidad. Tampoco es correcto el razonamiento de los jueces en la medida en que dicen seguir los criterios de la imputación objetiva. Más bien el exceso en que incurre el instigado no es reprochado al instigador porque no está comprendido en el doble dolo que caracteriza la instigación, según la sentencia del 09 de octubre de 1997, RN N° 3840-97 Ayacucho, en Vargas, 1999a, p. 168.

del marco del tipo legal. Esta exigencia se comprende cuando se tiene en cuenta que no es objetivo del derecho castigar a las personas por el simple hecho de haber causado un daño a terceros. Mediante sus disposiciones se busca más bien regular las acciones que implican la creación o el aumento de riesgos para bienes jurídicos ajenos, así como impedir la producción de resultados que pueden ser evitados y que constituyen la realización del aspecto peligroso del comportamiento. De esta manera, se refuerza el respeto a las normas de conducta promovidas por la comunidad.

1163 Las diversas explicaciones de la imputación tienen su precedente en las ideas de Hegel, quien -concibiendo la acción como la "exteriorización de la voluntad subjetiva o moral"- consideró que esta voluntad es el factor que permite imputar al agente el acto que ha cometido. En esta perspectiva, Larenz, sostuvo que el juicio de imputación permite determinar si dicho acto es obra de quien lo ejecutó materialmente y hacerle responsable. Pero a diferencia de Hegel, afirma que esta imputación debe ser de índole objetiva y no subjetiva. Con lo que llega a hacer de la noción de acción la base de todo sistema de atribución de un hecho a una persona. El agente era percibido como una persona media y las circunstancias personales del autor concreto eran tenidas en cuenta respecto a la culpabilidad.

1164 Con base en la concepción general de Larenz, Honig[166] consideró que el criterio ontológico de causalidad era inapropiado para esclarecer convenientemente la relación entre el comportamiento y el resultado indicado en el tipo legal. En su opinión, no basta para imputar el resultado al autor el simple hecho de que éste constituya la culminación del proceso de causalidad. Es indispensable, por el contrario, que sea percibido como su obra personal. En esta perspectiva, Honig consideró que es esencial tener en cuenta que una de las características fundamentales de la persona es su capacidad para modificar voluntariamente el mundo exterior. Por esto, el resultado (alteración del mundo exterior) sólo puede ser considerado como obra del autor en la medida en que constituye una consecuencia de la manifestación de su voluntad. Así, el resultado debe ser considerado como el fin del comportamiento que el agente controla en su desarrollo causal.

1165 Aun cuando estos antecedentes poco tienen que ver con las concepciones actuales de la imputación objetiva, recordarlas es necesario para aquilatar el desarrollo que se ha producido[167]. Las condiciones de imputación

166 Honig, 1930, p. 174 ss.

167 Cancio, 2001, p. 87.

han sido luego replanteadas con la finalidad de determinar cuándo podría imputarse al agente como obra suya la acción y la modificación del mundo causada, previstas en el tipo legal. Los criterios planteados son de índole puramente normativa (jurídica): el autor debe crear un peligro no autorizado por el orden jurídico y este peligro debe materializarse en el resultado. De esta manera, se trata de escoger, entre las relaciones de causalidad relevantes para el derecho penal, aquellas que son contrarias al orden jurídico en consideración del tipo legal, y sin recurrir a las causas de justificación.

En sus orígenes[168], la teoría de la imputación se presenta como el análisis tópico de los problemas que se planteaban en la determinación causal de la acción. El objetivo principal buscado era restringir la noción demasiado amplia de causa propuesta por la teoría de la equivalencia de las condiciones[169], para lo cual resultaba indispensable recurrir a diversos criterios normativos que permitiesen explicar por qué, en algunos casos, una acción no era conforme al tipo legal a pesar de que existiera de manera evidente una relación de causalidad. 1166

Desde hace unas décadas, la idea de la imputación objetiva es explicada y empleada en dos direcciones diferentes. Una de carácter restringido[170] que limita su objeto de análisis a la relación objetiva particular entre el comportamiento y el resultado, considerando el conjunto de condiciones normativas orientadas a constatar cuándo el resultado típico puede ser imputado al autor del comportamiento sin recurrir a las nociones correctivas del dolo o de la culpa. Tales condiciones normativas son deducidas de modo directo del tipo legal y los criterios normativos así establecidos son utilizados para resolver de manera adecuada, sin abandonar el criterio de la causalidad natural, los casos respecto a los cuales la teoría de la equivalencia no ofrece una respuesta satisfactoria. 1167

La segunda tendencia se caracteriza por su mayor amplitud[171], ya que no concibe a la imputación objetiva como un simple correctivo de la teoría de la equivalencia de las condiciones. Por el contrario, la considera como un nuevo proceder para esclarecer de manera general los ámbitos de responsabilidad en el contexto de la teoría del delito y así determinar si el 1168

168 Cfr. Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2000, p. 444 ss.

169 Cfr. *supra* N° 1147 ss.

170 Roxin, 1970, p. 133 ss.; Honig, 1930, p. 174 ss.

171 Frisch, 1988, p. 72 ss.; Jakobs, 1991, 17/3, 17/18 ss.; idem, 1989, p. 271 ss.

hecho es delictivo (presencia de un delito en tanto problema de imputación objetiva)[172].

1169 Teniendo en cuenta el desarrollo actual de la doctrina[173] conviene permanecer dentro de los alcances propuestos por los defensores de la concepción restrictiva de la imputación objetiva. Sin que esto implique dejar de aprovechar los interesantes planteamientos y soluciones de la concepción amplia. Teniendo en cuenta tanto nuestra realidad social y jurídica, debe procederse a una asimilación adecuada a las necesidades y capacidades de nuestro medio.

1170 Por razones metodológicas presentamos esta concepción en esta parte dedicada a la tipicidad. No está demás, sin embargo, recordar que las opiniones sobre la manera global de concebir la imputación objetiva y sobre el papel que desempeña en la teoría del delito no son homogéneas ni constituyen una visión unitaria.

e.2. Causalidad como base

1171 El presupuesto del proceso de imputación objetiva es la confirmación del nexo de causalidad entre la acción y el resultado. Esta conexión debe ser comprobada según los criterios admitidos por las ciencias naturales; es decir, conforme a las leyes naturales y de la experiencia (fórmula de la condición conforme a las leyes de la naturaleza, *Formel von der gesetzmässiges Bedigungen*) [174]. Esta propuesta resulta sin embargo insuficiente, en la medida en que no fija los criterios aplicables para determinar la adecuación de las condiciones a las leyes de la naturaleza. Su aspecto positivo radica en que así se admite, por un lado, que el criterio de la *conditio sine qua non*, a pesar de constituir el mínimum para imputar el resultado al autor, no es de gran utilidad en cuanto no basta la aplicación de una fórmula (como la de la supresión hipotética de la condición) para afirmar o negar la causalidad. Por otro lado, que debe recurrirse al criterio técnico establecido por las ciencias naturales[175].

---

172 Frisch, 2004, 87 ss.; Jakobs, 1998, p. 140 ss.; idem, 1995, 7/56 ss. y 24/17 ss.

173 Se puede afirmar de que aún no existe *una* teoría de la imputación objetiva, Cfr. Suárez González/Cancio Meliá, en Jakobs, 1996, p. 21 ss. En el mismo sentido, Terradillos Basoco, 1998, p. 19. Cfr. Lampe, 2003, p. 59 ss., en particular, 67 ss.

174 Stratenwerth, 2005, § 9 N° 21; Armin Kaufmann, 1971, p. 572 ss.

175 Jescheck/Weigend, 1996, § 28 I 1.

En esta perspectiva, hay que admitir que la relación causal existe en los casos indicados, tradicionalmente, como cursos causales hipotéticos y alternativos. Por ejemplo, el torturador que lesiona a la víctima no se puede excusar diciendo que si él no lo hubiera hecho, dado el sistema totalitario en que actuaba, otro hubiera de todas maneras practicado la tortura[176]. Lo relevante es que si se suprime el acto del agente, la muerte no se hubiera producido en el momento en que tuvo realmente lugar. Por tanto, no hay que confundir la índole hipotética del razonamiento con el carácter "hipotético" de la causalidad. Como se trata de determinar la causalidad con relación a un resultado concreto, resulta inadmisible hablar de una causalidad hipotética. 1172

Así mismo, causan la muerte de la víctima los dos individuos que, cada uno por su cuenta, la envenenan con dosis apropiadas[177]. Si cada una éstas es insuficiente para provocar la muerte, el vínculo causal puede explicarse según la equivalencia de las condiciones (causalidad doble o alternativa, *Alternative Kausalität o Doppelkausalität*). Cada vez más, se extiende la aplicación de esta manera de percibir la causalidad equivalente, en el campo de las actividades empresariales. Así, se consideran como causa de un perjuicio todas las manifestaciones de voluntad que intervinieron en la toma de una decisión colectiva (*Kollektiventscheidung*), aun si una de ellas no es decisiva (*Mehrfachkausalität*). 1173

La causalidad se verifica también en el caso de los cursos causales anómalos: la herida producida a un hemofílico es la causa de que muera desangrado, el golpe dado en el hígado hipertrofiado de un alcohólico es la causa de su muerte (concausas); la lesión causada por el agente aun cuando el lesionado muera, debido a un incendio, en el hospital donde había sido trasladado para ser curado. La situación no es diferente en los casos de intromisión dolosa o culposa de terceros en el desarrollo de los hechos: entregar una sustancia venenosa a quien decidirá después utilizarla para matar una persona. Afirmar que el nexo causal ha sido interrumpido o excluido resulta desacertado, pues, la relación causal existe o no. Las dificultades que surgen en estos casos no conciernen a la causalidad, sino más bien a la imputación objetiva: ¿bajo qué circunstancias debe ser admitido que el tipo legal ha sido realizado, que éste hecho es obra del agente? 1174

176 Kühl, 2000, § 4 N° 20a.

177 Kühl, 2000, § 4 N° 20a; Lenckner, en Schönke/Schröder, 2006, §§ 13 N° 82.

1175 En ciertos casos parecidos a alguno de los antes señalados, sin embargo, de acuerdo con los criterios de las ciencias naturales, hay que admitir que no existe el nexo de causalidad requerido como base mínima para imputar objetivamente el resultado al autor del acto. Se cita con frecuencia el caso de quien envenena a una persona con una sustancia que sólo producirá su efecto mortal 24 horas más tarde, y que es muerta por un tercero dentro de este lapso. En la medida en que el veneno no ha producido aún su efecto, no puede afirmarse científicamente que haya sido la causa de la muerte. Según los criterios tradicionales, se diría que el curso causal ha sido interrumpido. Pero en realidad, se trata de dos procesos causales independientes que sirven de base para determinar la imputación objetiva de los hechos a cada uno de los autores y en la perspectiva de los tipos legales respectivos (homicidio y tentativa de homicidio).

1176 La solución es diferente cuando la intervención dolosa del tercero se substituye, en cuanto a sus efectos, al comportamiento del primer agente. Así, cuando el delincuente aprovecha que la víctima, envenenada por un tercero, no puede más defenderse para apuñalarla mortalmente. Parecería que la relación causal inicial es interrumpida por el segundo comportamiento; sin embargo, éste no hace sino reforzar el efecto letal de la primera acción. En realidad, aplicando la fórmula hipotética de la equivalencia de condiciones, se comprueba que si el primer comportamiento es suprimido, el resultado no desaparece. No obstante, el acto del primer agente sólo constituiría una tentativa.

1177 Para afirmar que el comportamiento se adecua al tipo legal, no basta constatar que es la causa del resultado. Éste puede, en realidad, ser también provocado por un comportamiento anodino o cotidiano; por ejemplo, el hecho de prestar un hacha a una persona torpe, la que por descuido se lesiona al utilizarla. En este caso, es evidente que la acción de prestar el hacha (causa natural de la lesión) no realiza el tipo legal que prevé el delito de lesiones corporales (art. 121). En el marco de las teorías tradicionales sobre la causalidad, se recurrió al aspecto subjetivo del comportamiento para excluir la represión en estos casos. Tratándose de actos dolosos, se exigía en efecto que el agente tenga conciencia del desarrollo causal y, en los culposos, la constatación de la posibilidad de prever el resultado. En consecuencia, en los ejemplos citados, las personas en cuestión no eran punibles por falta de dolo o de culpa[178] (considerados entonces como for-

[178] Baumann/Weber/Mitch, 2003, § 14 N° 100.

mas de culpabilidad). Este procedimiento ha sido abandonado estimando que, en realidad, se trata, con base en el tipo legal, de determinar si el resultado puede ser imputado al autor, ya que -de acuerdo con los fines del derecho- la producción de un perjuicio no basta para reprimir penalmente a una persona. Es decir, se trata de establecer bajo qué condiciones, por un lado, el comportamiento debe ser considerado como la obra del autor y, por otro, cuándo el resultado producido constituye el contenido ilícito del tipo legal.

e.3. Creación de riesgo no permitido

El principio general de la imputación objetiva es que el agente, mediante su acción, cree una situación de la que aparezca como muy probable que intereses jurídicamente protegidos sean dañados o que aumente un peligro ya existente[179]. De modo que basta que el autor intensifique un peligro prohibido, lo cual sucede cuando empeora las circunstancias que ya comportan un riesgo. En consecuencia, no resulta decisivo el hecho de que el resultado de todas maneras debiera producirse. Así, la imputación objetiva es posible en los casos en los que se adelanta la producción del resultado: por ejemplo, causar la muerte de una persona agonizante. Lo mismo cuando se empeora el mal estado de salud en que se encuentra una persona (agravación de una enfermedad) o se impide que se salve a un individuo del peligro en que se encuentra, se restringe las posibilidades de salvamento. 1178

Como casi todo comportamiento en sociedad implica una intromisión en el ámbito de otro, resulta excesivo pretender reprimir la creación de cualquier riesgo. Si esto se hiciera, se obstaculizaría demasiado el desarrollo normal de las actividades cotidianas (p. ej., la circulación de vehículos, el tráfico aéreo, la fabricación de medicamentos, la utilización de la energía nuclear). Para no llegar a situación tan extrema y negativa, el derecho penal no debe emplearse en aquellos casos en los que no se hayan sobrepasado los límites del riesgo tolerado o autorizado[180]. 1179

El criterio del riesgo permitido o tolerado sólo puede ser útil en la medida en que se esclarezca en qué condiciones se acepta o permite la creación de un peligro o su incremento[181]. Este límite debe ser establecido *in concreto*, 1180

---

179 Frisch, 2004, p. 128 ss; Stratenwerth, 2005, § 9 N° 37; Roxin, 2006a, § 11 N° 42 y 43; Walder, 1982, p. 130, 136 ss.; Baumann/Weber/Mitch, 2003, § 14 N° 65 ss.

180 Roxin, 2006a, § 11 N° 39, p. 59 ss.

181 Paredes Castañón, 2000, p. 79 ss.

teniendo en cuenta todas las circunstancias particulares y ponderando los bienes en conflicto[182].

1181 Los alcances del riesgo permitido o tolerado están muy condicionados por la evolución de la técnica y su influencia en las diversas actividades que, si bien facilita su ejecución y aumenta sus efectos positivos, las convierte en fuentes de peligro. Así, por ejemplo, la circulación de vehículos, la construcción y demolición de edificios, la fabricación de productos químicos o de explosivos, las cadenas automatizadas de producción constituyen actividades peligrosas. Pero, prohibirlas sólo por esta circunstancia sería absurdo. Para evitar esta solución extrema, se recurre al principio según el cual sólo debe exigirse que se respete un mínimo de cuidado y de consideración con respecto a los bienes ajenos. Para que la actividad riesgosa, pero positiva para la comunidad, continúe siendo practicada es imprescindible admitir un margen de riesgo que sólo podría ser eliminado, en caso de ser posible hacerlo, mediante esfuerzos desproporcionados a las ventajas que implica la actividad en cuestión. La determinación de ese límite tiene lugar mediante la ponderación de los intereses indicados, operación que siempre es complicada de llevar a cabo. El riesgo que no sobrepasa esos límites es denominado "riesgo permitido"[183]. Constituyen ejemplos claros de esta situación, la fijación de los límites de velocidad en el tráfico de vehículos y la regulación de las actividades en el dominio de la genética.

1182 La realización de un comportamiento cotidiano, penalmente indiferente, que está relacionado con la acción peligrosa de un tercero, no da lugar a que su autor sea responsabilizado por estimarse que se le puede imputar como participante en el comportamiento del tercero[184]. Es el caso, por ejemplo, del taxista que transporta a personas al local de un banco, donde éstos cometen un robo[185]. Así mismo, del armero que vende un revólver a un cliente, quien luego le utiliza para cometer un delito. En la medida que se limitan a cumplir los servicios que presentan, obran legalmente y no sobrepasan el límite del peligro autorizado, no se les puede imputar responsabilidad por el acto del tercero[186]. Este y otros casos

182 MIR PUIG, 2001, p. 407 ss.; FRISCH, 2004, p. 220 ss.

183 OEHLER, 1961, p. 232 ss.; REHBERG, 1962; ROEDER, 1969; JAKOBS, 1991, 7/35 ss.

184 ROBLES PLANAS, 2003, p. 142 ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ, 2002, p. 358 ss.; BLANCO CORDERO, 2001, p. 26 ss.

185 Caso parecido se presentó en la jurisprudencia peruana, por ejemplo en la RS del 07 de marzo de 2000, RN N° 4166-99 Lima, comentada por CARO JHON, 2003, p. 12 ss.

186 REYES ALVARADO, 1996, p. 50 ss.; RUDOLPHI, 1998, p. 53 ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ, 1999b, p. 19 ss.; LÓPEZ DÍAZ, 1996, p. 62 ss.

semejantes son tratados conforme a la regla de la prohibición de regreso (*Regressverboten*), propia a la imputación y ajena a la categoría antes utilizada respecto a la interrupción de la causalidad. El problema es el de limitar los alcances de esta prohibición, así habrá que preguntarse si existen o no deberes especiales que impongan la obligación de evitar la acción delictiva ("materialmente favorecida"), qué grado de conocimiento se tiene sobre los objetivos del tercero o en qué medida el comportamiento ordinario se adecua a la ejecución de la infracción. Además, hay que recurrir, también y en vista de que innumerables actos cotidianos pueden dar lugar o ser utilizados para cometer delitos[187], al criterio de que se debe confiar que los terceros, en general, obraran conforme a ley[188]. La posibilidad de que no actúen de esta manera es un riesgo, pero permitido.

Si una acción es conforme a los estándares sociales de comportamiento y reúne sin embargo los requisitos previstos en un tipo legal, la cuestión de la imputación objetiva no se plantea debido a que dicha acción es socialmente adecuada[189]. Por lo tanto, la conformidad de la misma a un patrón social es un factor decisivo para imputarla o no a su autor[190]. En caso de conformidad, a pesar de que la acción es típica carece de importancia para el derecho penal. Por ejemplo, las expresiones injuriosas que se expresan con frecuencia respecto a terceros en el desarrollo de las actividades cotidianas; los pequeños regalos que se hacen a empleados y funcionarios con motivo de Navidades o de Año Nuevo; o la creación de situaciones de peligro al conducir convenientemente un vehículo motorizado. La conformidad de estos actos con el orden social hace superfluo que se plantee la cuestión de su imputación penal a los autores[191]. 1183

Los esfuerzos para fijar los diferentes criterios limitativos de la tipificación de ciertos comportamientos están muy relacionados, no está demás recordarlo, con la técnica de redactar los tipos legales. Para poder abarcar el mayor número posible de modalidades de ejecución del acto que se incrimina, se emplean, en su elaboración, fórmulas o giros lingüísticos y de redacción tan generales que resultan también comprendidos comportamientos que no merecen ser reprimidos. Por esto resulta oportuno suponer como exi- 1184

187 Jakobs, 1998, p. 140 ss.; idem, 1995, 7/56 ss. y 24/17 ss.; Lesch, 1995, p. 34 ss.; Robles Planas, 2003, p. 32 ss.; Feijóo Sánchez, 1999, p. 18 ss.; Blanco Cordero, 2001, p. 26 ss.

188 Maurach/Gössel/Zipf, 1989, § 43, N° 70; Roxin, 2006a, § 24 N° 11, 22.

189 Welzel, 1939, p. 516 ss., 527 ss.; Stratenwerth, 2005, § 9 N° 35 ss.

190 Blanco Cordero, 2001, p. 13 ss.; Jakobs, 1995, 7/58 ss.

191 Paredes Castañón, 2000, p. 111 ss.

gencia general implícita a todo tipo legal que el agente, mediante su accionar, sobrepase los límites del riesgo permitido.

e.4. Agente responde por crear un peligro

1185 La creación del riesgo puede concernir tanto al que realiza una acción como a quien se abstiene de actuar. En el primer caso, se trata de quien se entromete en la vida de otro; salvo que éste mismo, aun la víctima del perjuicio, cree o aumente la situación peligrosa. La segunda hipótesis concierne a quien, sin haber creado el peligro, está obligado, según las circunstancias del caso concreto, a impedir que el resultado dañino tenga lugar; por ejemplo, los padres en relación con los hijos (deber de garante).

1186 Si la misma persona se coloca en una situación de peligro, no se puede tratar de imputar el resultado que se produce al tercero que lo originó o lo hizo posible. Debido a que la puesta en peligro voluntaria de sí mismo no es penalmente relevante, la injerencia del tercero no concierne al derecho penal. Por ejemplo, en el caso del conductor que utiliza llantas usadas y que resulta lesionado en un accidente provocado por el estado de las llantas, el responsable del taller de mecánica que le vendió esos neumáticos no responde por delito de lesiones.

1187 Cuando la actividad es realizada por un conjunto de personas, hay que tener en cuenta la responsabilidad de cada uno de los participantes, pues, la manera de conducirse de uno o de algunos de éstos puede impulsar o crear la ocasión para que otro, de manera plenamente responsable, realice un comportamiento peligroso para si mismo. Por ejemplo, el caso del escalamiento de una montaña conllevando riesgos importantes para la vida y la integridad corporal, en donde cada uno de los participantes que interviene, con plena conciencia de éstos, los asume. A partir de ese momento, surge su responsabilidad personal; dicho de otra manera, asume la responsabilidad por el acto que ejecuta. Si sufre algún daño personal, éste no podrá ser imputado a los demás, por más que sus actuaciones determinaran o dieran ocasión para que el lesionado, consciente y voluntariamente, practicara el comportamiento peligroso.

1188 No se puede llegar a la misma conclusión, por el contrario, si la persona en peligro es incapaz, por ejemplo, en razón de su salud mental o de su edad; o cuando no tuvo plena conciencia de los alcances de su decisión de participar en la actividad peligrosa y, por tanto, no quería correr el riesgo. De acuerdo con las circunstancias del caso concreto, puede tratarse de un caso

de autoría mediata debido a que la víctima no actuó de manera voluntaria con relación al peligro.

El criterio de la asunción del peligro desempeña un papel importante en relación con la ejecución de ciertos delitos sexuales y delitos relacionados con el consumo de drogas. Por ejemplo, el caso del *dealer* que abandona al heroinómano, sin auxiliarlo o pedir ayuda a los servicios médicos, en circunstancias en que éste se había inyectado una sobredosis de heroína y caído en estado de inconsciencia. Si el drogado fallece a causa de la sobredosis, esta muerte no podrá ser imputada al *dealer* (vendedor minorista de droga) a pesar de que fue él quien proveyó de droga al drogadicto. En efecto, de su intervención no puede deducirse que tenga un deber de garante (obligación de evitar el resultado). Sólo queda la posibilidad de comprobar si no ha incurrido en omisión de auxilio a persona en peligro (art. 127). 1189

Cuando el resultado sobreviene debido a determinadas circunstancias (en especial, el comportamiento de un tercero), el resultado no será imputado al autor del acto que lo produce si éste, conforme al orden jurídico, podía esperar que no se dieran esas circunstancias (principio de confianza). Por ejemplo, el deceso de una persona en un accidente de circulación no puede ser imputado al conductor que contaba con que el otro automovilista respetara su prioridad de acuerdo con las reglas de tránsito. Este criterio de la confianza puede también ser analizado respecto a la determinación del límite de tolerancia del peligro. 1190

e.5. Realización del riesgo no permitido

La producción de un resultado, previsto en un tipo legal, podrá ser imputado al agente cuando constituye la realización del riesgo no permitido, que ha creado o aumentado. La valoración negativa del resultado está condicionada por el estrecho vínculo que lo une al propio peligro del comportamiento ejecutado. En ausencia de este vínculo, el comportamiento sólo puede ser considerado como tentativa, puesto que no se da un resultado conforme al tipo legal (perjuicio valorado de manera negativa)[192]. Si la existencia del riesgo debe ser determinada *ex ante*, es decir, considerando las circunstancias conocidas en el momento de la realización del comportamiento, la concreción del peligro en el resultado debe ser más bien comprobada teniendo en cuenta todos los elementos conocidos una vez que éste se ha producido (*ex post*). 1191

[192] Rudolphi, en SK AT 1, Vor § 1, N° 63.

1192 La imputación objetiva y, por lo tanto, el carácter típico de la conducta no pueden ser admitidos cuando el agente disminuye el riesgo[193]. No es imputable el resultado (lesión leve) a quien lo causó y, de esta manera, evitó que la víctima sufriera una lesión más grave o muriera por la piedra lanzada por el agresor. No se trata en este caso de una causa de justificación, porque el acto salvador no constituye un hecho relevante para el derecho penal debido a que, precisamente, el resultado no puede ser imputado a su autor. De esta manera, se evita aplicar sin más el dogma causal: el comportamiento salvador del agente es causa natural del resultado producido (menos grave, pero objetivamente conforme al tipo legal). Sin embargo, hay que tener en cuenta los casos en que el agente sustituye[194] el perjuicio que evita por otro diferente; por ejemplo, quien priva de libertad a una persona para evitar que sea secuestrada[195]. El autor causa un perjuicio, el mismo que debe serle imputado, pero su responsabilidad deberá ser, por último, determinada mediante la comprobación de si ha obrado ilícita y culpablemente.

1193 Tampoco procede la imputación objetiva cuando el resultado se produce, en definitiva, por la intervención culpable de la víctima del hecho o de un tercero que no es coautor ni cómplice. Según la concepción tradicional de la causalidad, estos supuestos constituían una cuestión referente a la posibilidad de prever o a la adecuación del curso causal. Si la intromisión de un tercero en el desarrollo causal era tan extraordinaria que no podía ser comprendida como conforme al curso normal de las cosas, el resultado no era imputado al autor por considerarse interrumpida la relación de causalidad. Sin embargo, no es correcto afirmar que hay una interrupción del proceso causal. En buena cuenta, sólo hay dos posibilidades: primero, la causalidad no es apropiada y entonces no se puede imputar el resultado al agente y, segundo, la intervención del tercero no suprime la causalidad y, en consecuencia, la cuestión de la responsabilidad penal no cambia en el fondo. En esos casos, debe recurrirse entonces al criterio de delimitación de los ámbitos de responsabilidad individual.

1194 De estas afirmaciones se desprende que se debe imputar al agente el resultado aun cuando éste se hubiera podido producir en otras circunstancias, sin su intervención. Por ejemplo, cuando una banda que prepara y organiza su actividad delictuosa -lo que supone la participación de varias personas-,

193 Stratenwerth, 2005, § 9 N 31; Samson, 1972, p. 86 ss., 101 ss.

194 Jescheck/Weigend, 1996, § 28 IV 2; Roxin, 2006a, § 11 N° 52.

195 Roxin, 2006a, § 11 N° 42 ss.

el hecho de sustituir a uno de los participantes por otro no excluye la posibilidad de que el resultado sea imputado también a la persona reemplazada. Así mismo, en el caso de una colisión en cadena en una carretera, el conductor chocado por detrás de su vehículo que golpea a su vez el vehículo que lo precede no puede excusarse alegando que este vehículo iba de todas maneras a ser chocado por el que seguía a su automóvil. A este efecto, por lo demás, carece de importancia que el resultado haya sido causado por un hecho natural (p. ej., un derrumbe). Además, conviene aplicar el mismo criterio a los casos de doble causalidad: el resultado es producido por la intervención de varios participantes, cada uno de los cuales realiza un acto propio para producirlo (cada uno de los asesinos causa lesiones mortales a la víctima).

Surgen dudas en particular cuando son varias las fuentes de peligro, puesto 1195
que resulta bastante problemático determinar cuál de ellas es el origen del resultado, hasta llegarse a plantear la cuestión sobre la posibilidad de que éste hubiera podido ser evitado mediante una acción conforme al derecho. El ejemplo típico es el del camionero que al sobrepasar a un ciclista no respeta la distancia reglamentaria, circunstancia en la cual el ciclista, en estado de ebriedad, realiza una falsa maniobra que da lugar a un accidente: la llanta trasera del camión lo aplasta. Este resultado se hubiera producido, muy probablemente, aun si el chofer hubiera respetado la distancia reglamentaria[196].

La doctrina dominante[197] sostiene que la causalidad sólo puede admitirse 1196
en casos de este tipo cuando existe la plena seguridad (o una alta probabilidad) de que el resultado hubiera sido evitado mediante la realización de la acción reglamentaria; dicho de otra manera, mediante la no realización de la acción prohibida. Se trata, por tanto, de constatar que el resultado no se habría producido si el agente no la hubiera ejecutado (en el ejemplo propuesto, si el camionero hubiera respetado la distancia reglamentaria). El principio *in dubio pro reo* entraría en consideración. La debilidad de este criterio, no obstante, radica en el hecho de que es imposible probar dicha hipótesis, porque el caso no podría ser reconstruido nunca en las mismas condiciones. Por esto parece más conveniente plantearse la cuestión de si se puede eliminar la duda existente respecto a la relación entre riesgo y

196 Roxin, 2006a, § 11 N° 76; Cramer/Steinberg-Lieben, en Schönke/Schröder, 2006, § 15 N° 174.

197 Jakobs, 1991, 7/98 ss.; Schröder, en LK, § 16 N° 190; Cramer/Steinberg-Lieben, en Schönke/Schröder, 2006, § 15 N° 171.

resultado y, si esto no es factible, no conviene imputar la muerte al chófer porque es imposible establecer que el ciclista hubiera muerto en el accidente. Sin embargo, no se puede descartar del todo que dicha relación exista con respecto a la aumentación del riesgo[198]; basta que el agente esté vinculado con la situación de peligro para que se le pueda imputar el resultado, porque mediante su intervención, éste ha privado a la víctima del margen de probabilidad que aún tenía de sobrevivir.

1197 La razón de la imputación del resultado al chofer es que éste, en lugar de respetar el riesgo permitido, lo ha aumentado, y que el resultado es la concretización de la intensificación del riesgo (teoría del riesgo)[199]. Esta tesis es muy discutida, aunque haya sido aceptada por un buen número de autores[200]. También se afirma que, en todo caso, habría que invocar el principio *in dubio pro reo*. Roxin responde a estos reparos afirmando que lo decisivo es el hecho de que el agente haya aumentado realmente el riesgo de manera prohibida[201].

e.6. Riesgo prohibido por la norma

1198 Además, para admitir la relación entre el riesgo y el resultado, es indispensable que éste sea el mismo a causa del cual se ha prohibido la realización de la acción. Es decir, el peligro creado o aumentado debe contradecir la finalidad de protección específica de la norma violada. Es el caso del automovilista que conduce a velocidad excesiva y luego disminuye la velocidad al límite autorizado, ocasión en la que atropella y lesiona un peatón. El exceso de velocidad es causa del resultado en la medida en que condiciona el hecho de que el vehículo se encuentre en el lugar del accidente justo en el momento en el que el peatón cruza la calzada. Sin embargo, el accidente y las lesiones consecutivas no constituyen la materialización del riesgo que implica el exceso de velocidad[202]. Las reglas en las que se fijan los límites de velocidad no tienen por objeto asegurar la puntualidad en las citas o que las personas que se trasladan en vehículos pasen por un lugar a una hora determinada. Así mismo, en el ejemplo conocido de los dos ciclistas que

198 STRATENWERTH, 2005, § 9 N 41; RUDOLPHI en SK, AT 1, Vor § 1, N° 65 ss.; ROXIN, 2006a, § 11 N° 76 ss.; SCHULTZ, 1982b, p. 128 ss.; TRECHSEL/NOLL, 2004, p. 260; WALDER, 1977, p. 160.

199 ROXIN, 2006a, § 11 N° 77 ss.

200 JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 55 II 2 b aa; RUDOLPHI, en SK, AT 1, Vor § 1 N° 65 ss.;; PUPPE, 1983, p. 287 ss.

201 ROXIN, 2006a, § 11 N° 96.

202 ROXIN, 2006a, § 11 N° 85 ss.; Cfr. BAUMANN/WEBER/MITCH, 2003, § 14 N° 88 ss.

circulan uno detrás del otro y sin luces, no se debe imputar al segundo las lesiones que provoca el primero a un peatón al que no ve por falta de iluminación. La regla que dispone que, en la oscuridad debe conducirse con los faros prendidos no tiene la finalidad de que se ilumine la ruta a los otros participantes en la circulación.

e.7. Delitos de peligro e imputación objetiva

1199 Estos criterios de imputación deben también tenerse en cuenta respecto a los delitos de peligro concreto[203]. Se trata de delitos materiales, ya que su consumación supone una modificación del mundo exterior física y temporalmente diferente de la misma acción. Dicha modificación, a diferencia de los delitos de lesión, no reside en un perjuicio material ocasionado al objeto del delito (persona, cosa, documento, feto, etc.) sino en la creación de una situación de la cual puede derivar la realización de un tal perjuicio. La creación de este riesgo constituye el resultado de la acción y debe ser imputado al agente para que se pueda considerar que el tipo legal ha sido concretado.

1200 Determinar si este peligro se ha dado no es una cuestión que haya que resolver de acuerdo con criterios materiales. Así, resulta impreciso y poco práctica la cuantificación del grado de probabilidad de que el daño se produzca. Por eso no se puede afirmar que el peligro concreto existe, en el ejemplo precitado, sosteniendo que en la situación dada había el 51 % de probabilidades de que la víctima muriera o sufriera lesiones graves. El criterio aplicable es más bien de orden normativo. El punto de partida es la constatación de que el peligro concreto supone que sólo por azar el perjuicio no se produce. En el contexto creado por la acción del agente, el peligro ya no puede ser impedido con certeza mediante un medio normal al alcance de la víctima o de un tercero. No se puede confiar en que se dé tal circunstancia salvadora, debido a que ella depende de la extraordinaria habilidad que posea la persona amenazada o de un encadenamiento de circunstancias incontrolables[204].

f. Apreciación global

1201 Cada una de las teorías sobre la causalidad y de las relativas a la imputación objetiva, a pesar de las pretensiones de sus sostenedores, sólo constituye un

---

203 Cfr. *infra* N° 2044 ss.

204 Schünemann, 1975, p. 797; Roxin, 2006a, § 11 N°160.

esfuerzo destinado a fijar los límites en los cuales es factible imputar objetivamente a una persona las consecuencias de su comportamiento. La teoría de la equivalencia de las condiciones escogiendo una de éstas (la acción del agente) como la penalmente relevante, en lugar de considerarlas todas como se hace en las ciencias naturales, ya constituye un criterio normativo. En derecho penal, se estima como suficiente, de acuerdo con la categoría de las acciones que se buscan prohibir y evitar, el nexo determinado según los criterios de las ciencias empíricas. La teoría de la causalidad adecuada siempre ha constituido de modo manifiesto un criterio normativo, por más de que haya sido presentada como una teoría relativa sólo a la causalidad. Por esto ha servido como punto de partida para la elaboración de la teoría de la imputación objetiva.

1202 Esta última teoría gana cada vez más adeptos; en especial, por sus notorias ventajas en el dominio de las infracciones culposas y de las de omisión impropia. Sin embargo, las dificultades subsisten debido a que los criterios desarrollados no son del todo precisos y, así mismo, en razón del desacuerdo existente sobre los elementos del delito como respecto a la misma imputación objetiva. Las diversas maneras de concebir tanto el derecho penal, en general, como el hecho punible, en particular, explican las divergencias doctrinales sobre los alcances de la imputación objetiva y el lugar que ocupa en la sistemática de la teoría del delito. Algunos la consideran como simple complemento de la teoría de la equivalencia de las condiciones y otros como una teoría explicativa de todos los elementos de la infracción. La posición intermedia que consiste en considerarla como un medio para determinar si el tipo legal ha sido realizado y que es obra del agente es, en el nivel actual de la reflexión, preferible a las demás. Por esto es inconveniente considerarla como criterio para apreciar el carácter ilícito del comportamiento ya calificado de típico[205].

1203 De esta manera, mediante la imputación objetiva, se pone en evidencia el aspecto valorativo-normativo de la atribución de la acción y del resultado al agente como si fueran su obra personal, que era ocultado cuando se trataba de resolver el problema recurriendo sólo a las diversas teorías sobre la causalidad. Por el contrario, deberá tenerse en cuenta los objetivos de la represión, que son determinados, a su vez, por el conjunto de valores en que

[205] Bustos, en Bustos/Larrauri, 1989, p. 36. Este autor afirma: "es en este plano en el que se consideran todas la valoraciones (o desvaloraciones que surgen de todo el ordenamiento jurídico, de todas la reglas jurídicas, y no sólo desde la norma prohibitiva o de mandato)".

se basa el mismo derecho penal. La discusión sobre la causalidad no debe, pues, ocultar el debate esencial sobre los criterios axiológicos que orientan el uso del poder punitivo por parte del Estado.

La Corte Suprema de Justicia ha dictado diversas resoluciones en las que 1204
admite algunos criterios de la teoría de la imputación objetiva con la finalidad de excluir la responsabilidad por la pura causalidad. Así, por ejemplo, en la ES del 16 de setiembre de 2004, RN N° 2270-2004, La Libertad, se resolvió un caso de participación en el delito de enriquecimiento ilícito: un funcionario bancario facilitó el curso y destino de varias operaciones de traslado del dinero, producto de actividades delictivas cometidas por el Presidente de un Consejo Regional, a través de la recepción y visado de cheques, en el marco de la regulación bancaria. Los jueces afirmaron que: "*existe un ámbito de actuación del interviniente que es inocua y cotidiana, y que sólo mediante la puesta en práctica de planes de otras personas, se convierte en un curso causal dañoso, lo que obliga a distinguir entre intervenciones propias y creación de una situación en la que otros realizan el tipo*". De manera similar, se pronunciarón en la ES del 7 de marzo de 2000, RN N° 4166-99, Lima, y para lo cual recurrieron a los conceptos de rol social y de prohibición de regreso. Se trataba del caso de un taxista, cuyos servicios fueron solicitados por un desconocido, quien lo condujo hasta un inmueble en el que otros sujetos lo esperaban para trasladar cosas que habían robado. Sostuvieron los magistrados que el encausado "*se limitó a desempeñar el rol social de taxista, por lo que su comportamiento debe calificarse como inocuo, pese a que en algún momento del desarrollo de la acción tuvo conocimiento de la ilicitud de los hechos desplegados por sus contratantes*". Así mismo, en la ES del 25 de noviembre de 2004, RN N° 552-2004 Lima, trataron un caso de tráfico ilícito de drogas, denominado caso del "camionero", acudiendo a tres criterios de imputación objetiva: el riesgo permitido, el principio de confianza y la prohibición de regreso. Señalaron que: "*el acusado, dentro de su rol social de chofer, realizó un comportamiento que genera un riesgo permitido dentro de los estándares objetivos predeterminados por la sociedad, y por tanto, no le es imputable el resultado al aceptar transportar la carga de paquetes de hojas de coca camuflados, al hacerlo en la confianza de que los demás realizaban una conducta lícita; y, en tanto él no era dueño del camión sino sólo el chofer asalariado, su deber de control sobre los demás se encuentra limitado*". Por último, en la ES del 24 de noviembre de 2004, el RN N° 608-2004 Ucayali, nuevamente en un caso de tráfico ilícito de drogas, caso llamado de la "arrendadora", sostuvieron que: "*la actuación de la propietaria de un inmueble, donde se arrendaban cuartos, no configuraba partici-*

pación delictiva en la conducta de sus inquilinos que traficaban con drogas; incurriendo la arrendadora dentro de una conducta socialmente adecuada y dentro de un ámbito de confianza"[206].

V. Tipo legal subjetivo

1. Noción

1205 El aspecto subjetivo del tipo legal está constituido por las referencias al mundo interno del autor utilizadas para describir el acto incriminado. El dolo es su elemento principal y, con frecuencia, está acompañado de otros elementos subjetivos (móviles, ánimos, tendencias). Por tanto, constituye el núcleo del ilícito personal de la acción[207].

1206 La aceptación del tipo legal subjetivo y del dolo como su aspecto central no depende de que se acepte la noción finalista de la acción. Cierto es que los partidarios de ésta perfeccionaron la nueva concepción del tipo legal desde el momento en que, en sus inicios, identificaron la finalidad de la acción con el dolo. En la actualidad, este criterio ha sido, en general, abandonado o rechazado, ya que el dolo no puede ser percibido sólo como el control del desarrollo causal orientado a la realización del tipo legal. Hay que considerar, además, que supone la comprensión del sentido normativo de todos sus elementos[208].

1207 El carácter ilícito de los comportamientos no puede ser precisado describiendo sólo su aspecto externo. El dolo debe ser tratado, por lo tanto, como factor integrante del tipo legal[209]. Por ejemplo, el término apoderar (art. 185) implica una finalidad, por lo que la acción que designa sólo puede ser comprendida como un comportamiento doloso. El comportamiento del estafador es entendido como el obrar descrito en el art. 196, sólo si se considera el *animus* fraudulento con el que es realizado. Muchas veces, el mismo acto es descrito como una acción orientada a una meta determinada; por ejemplo, "el que mediante amenaza o violencia obliga a otro a hacer lo que la ley no manda, o

206 Cfr., Mendoza Llamacponcca, 2007, p. 29 ss.

207 Jescheck/Weigend, 1996, § 30 I 1; Roxin, 2006a, § 10 N° 62, ss.; Jakobs, 1991, 8/7 ss.; Lenckner, en Schönke/Schröder, 2006, §§ 13 ss., N° 52.; Marinucci/Dolcini, 2006, p. 247 ss.

208 Roxin, 2006a, § 10 N° 67.

209 Baumann/Weber/ Mitch, 2003, § 12 IV; Schmidhäuser, 1975, 8/26.

le impide hacer lo que ella no prohíbe..." (art. 151). Un caso notorio es el de la tentativa[210]. Este tipo legal ampliado sólo puede ser comprendido si se tiene en cuenta, desde el momento en que se determina la tipicidad, la voluntad con la cual el agente ha actuado. De lo contrario, resulta imposible saber, por ejemplo, si se trata de una tentativa de lesión grave (art. 121) o de homicidio (art. 106). Sin tener presente el designio del agente, no se puede saber si el hecho de disparar un arma de fuego contra una persona constituye, según el perjuicio que se cause o no, un homicidio frustrado, lesiones consumadas o sólo una exposición a peligro de muerte. La tentativa es siempre una actividad dirigida a consumar algo (la "ejecución de un delito", art. 16), de donde se concluye que es insuficiente afirmar que la sola diferencia entre el delito consumado y la tentativa es la no realización del resultado[211].

2. Dolo

Según el art. 11, los delitos y faltas son acciones u omisiones dolosas o cul- 1208
posas penadas por la ley y, conforme al art. 12, las penas establecidas por la ley sólo se aplican al agente de infracción dolosa.

A diferencia del CP de 1924, el vigente no contiene una definición del dolo. 1209
Si, en principio, esta técnica legislativa es conforme al criterio según el cual la ley no es el medio por el cual deben resolverse conflictos doctrinarios, esta omisión resulta, sin embargo, insatisfactoria porque la doctrina nacional es incipiente y la formación de los jueces, en general, insuficiente. Por esto quizás hubiera sido preferible establecer una norma que, en cierta medida, orientase a quienes administran la justicia. Este es el único fundamento del por qué se sigue manteniendo tal tipo de preceptos en códigos o proyectos de código recientes (p. ej., CP colombiano de 2000, art. 22: "La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar"; El art. 12, inc. 2, CP suizo, versión 2007, dice que "obra intencionalmente quien comete un crimen o un delito con conciencia y voluntad. El autor actúa también intencionalmente cuando considera como posible la realización de la infracción y la acepta si se produciría". Los redactores del Código vigente parecen haber tenido en cuenta la técnica del CP alemán, en el que sólo se establece la regla de

[210] Cfr *infra* N° 2079 ss.

[211] Roxin, 2006a, § 10 N° 64.

la represión general de los delitos dolosos y excepcional de los culposos cuando la ley lo establezca de modo expreso (§ 15). Si bien esta manera de proceder se explica sobre todo teniendo en cuenta el nivel de la magistratura alemana, que no lo tiene la peruana, hubiera sido preferible seguir el modelo suizo como se hizo en el CP de 1924. Así, por razones prácticas, se hubieran recordado y reforzado los criterios establecidos en la jurisprudencia y en la doctrina.

1210 En el art. 81, pf. 2, CP de 1924, se estatuía que la infracción era intencional cuando se cometía por acción u omisión consciente y voluntaria. El mismo legislador admitió el origen suizo de esta disposición en la exposición de motivos sin precisar, sin embargo, su fuente. Por esta circunstancia, resulta necesario recordar que el art. 18 del Proyecto de 1918 del CP suizo disponía: "*Celui-là commet intentionnellement un crime ou un délit, qui le commet avec conscience et volonté*" ("Comete intencionalmente un crimen o un delito quien lo haga con consciencia y voluntad"). Esta definición ya figuraba en los Anteproyectos suizos de 1908 y de 1916, aunque no en términos idénticos. El art. 19, inc. 2, del Anteproyecto de 1908 establecía: "*Celui-là commet un délit avec intention, qui agit le sachant et le voulant*". Esta diferencia es debida a los esfuerzos desplegados para traducir correctamente en francés el texto alemán: "*Vorsätzlich verübt ein Vergehen, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt*". Al respecto, Gautier afirmó: "es de observar que el art. 19, pf. 2, está mal traducido. Es cierto que el texto francés no es fiel al texto alemán. Debería traducirse esta regla de la siguiente manera: "*Celui-là commet un délit avec intention, qui en réalise les éléments le sachant et le voulant*" ("Comete un delito con intención quien realiza los elementos sabiéndolo y queriéndolo"). En efecto, el autor obra con dolo cuando es consciente y quiere el acto (descrito en el tipo legal) y el resultado (*lato sensu*). En el CP suizo, modificado en 2007, se ha completado la definición del dolo, regulando expresamente el dolo eventual[212].

1211 Fuera de todas estas dificultades, lo cierto es que el dolo era definido recurriendo a dos elementos que aún hoy son utilizados: la conciencia y la voluntad[213]. La doctrina los califica de elementos cognitivo y volitivo, respectivamente. En consecuencia, se considera que obra dolosamente quien lo hace con conciencia y voluntad. Según la manera y la intensidad en que

212 Trechsel, 2008, vor Art. 12 N° 13 ss.

213 Cfr. Hava, 2003, p. 112 ss.; Villa Stein, 2008, p. 249 ss.; Baumann/Weber/Mitch, 2003, § 20 N° 6 ss.; Castillo González, 2009, I, p. 520 ss.; Cfr. Kindhäuser, 2006, § 15, N° 10 ss.

concurran estos elementos[214], se han admitido generalmente tres formas de dolo: directo, indirecto y eventual.

El hecho de que en el Código vigente no se defina más al dolo como constituido por la conciencia y la voluntad, no significa en absoluto que deba abandonarse esta concepción. Lo contrario se deduce más bien de las disposiciones del mismo Código. Así, por ejemplo, de las disposiciones sobre la tentativa. Cuando en el art. 16, se hace referencia a la ejecución del delito que el autor "decidió cometer" resulta evidente que se alude a la voluntad. 1212

En Alemania, ante la ausencia de una regulación legal expresa del dolo, se ha propuesto una nueva definición de éste basada sólo en el aspecto cognitivo del comportamiento con la finalidad de explicar el dolo eventual[215]. La importancia de la voluntad es negada o atenuada mediante diversos argumentos[216]. Por ejemplo, se ha recurrido a un criterio sistemático afirmando que el factor voluntad ha sido mal ubicado en el esquema de la teoría del delito y que esta deficiencia es el origen de los problemas relativos al dolo eventual. En esta perspectiva, la voluntad es comprendida de manera exclusiva como la posibilidad de la que dispone el autor al realizar el resultado de modo controlado. Así, se le considera como un elemento constitutivo de la acción[217], el mismo que no influye en la imputación a título de dolo. Sin embargo, no hay unanimidad al determinar los requisitos concretos que debe reunir ese elemento cognitivo para cumplir la función de delimitador en relación con la imprudencia. 1213

Pero de todas maneras, con buen criterio se ha señalado, por un lado, que esto sería admisible en la medida en que se considerara que, al no regular más expresamente el dolo, el legislador ha guardado un silencio calificado y, por otro, que esto es inadmisible si se considera la tradición legislativa y los antecedentes doctrinales[218]. 1214

En la perspectiva de las tesis funcionalistas alemanas, se llega a negar la voluntad como elemento del dolo y a sostener que éste debe ser concebido 1215

214 Roxin, 2006a, § 12, N° 2 y 4.

215 Schmidhäuser, 1980, p. 242.

216 Kindhäuser, 1984, p. 23; Herzberg, 1986, p. 249 ss.; Jakobs, 1995, 8/1 ss.

217 Herzberg, 1988, p. 576 ss.; Díaz Pita, 1994, p. 26 ss.

218 Peña Cabrera, 1995, p. 330 ss.; Villa Stein, 2008, p. 249 ss.; en España, Bustos/Hormazabal, 1997, p. 63 ss.; Luzón Peña, 1996, p. 426 ss.; Mir Puig , 1998, p. 249 ss.; Muñoz Conde/García Aran, 2000, p. 308 ss.; Quintero Olivares, 2000, p. 330 ss.; En Alemania, Kühl, 2000, § 2 N° 10; Jescheck/Weigend, 1996, § 29 III 3 d.

como el conocimiento suficiente que tiene el agente del surgimiento del riesgo de su comportamiento. Este conocimiento se deduce del deber que se tiene de no ejecutar o de no abstenerse de seguir cometiendo la acción peligrosa. El contexto de estas afirmaciones es que el derecho penal busca, sobre todo actualmente, impedir la creación de riesgos prohibidos en razón a la configuración de la sociedad moderna.

3. Elementos subjetivos

1216 La referencia, explícita o implícita, a algunos aspectos del mundo interno del agente (p. ej., motivos, propósitos o tendencias) en los tipos legales fue considerada como una excepción a la regla según la cual el carácter ilícito de la acción incriminada debía ser establecido objetivamente. La aceptación del esquema del delito elaborado por los finalistas ha conducido a considerar al dolo y a los demás elementos subjetivos referentes a la acción como circunstancias indispensables para determinar si ésta es conforme al tipo legal y, por consiguiente, si es ilícita.

1217 Según la perspectiva que se adopte, se designan a tales aspectos subjetivos de la acción, que acompañan al dolo, con las expresiones: "elementos subjetivos del tipo" o "elementos subjetivos del injusto". Ambas fórmulas expresan la misma idea[219], ya que el carácter ilícito del comportamiento se determina tanto por su conformidad al tipo como por la ausencia de causas de justificación. Así pues, mediante las peculiaridades de la voluntad delictiva, se precisa mejor la índole ilícita de la acción[220].

1218 El elemento subjetivo concierne lo ilícito cuando sirve para caracterizar el tipo legal precisando sus relaciones con el bien jurídico protegido o determinando mejor la acción, el objeto del delito, el *animus* del agente. El propósito "obtener provecho" (art. 185), el hecho de matar para facilitar u ocultar otro delito (art. 108, inc. 2), emplear la violencia contra un funcionario para impedir o trabar un acto propio del legítimo ejercicio de sus funciones (art. 366), todos ellos son elementos subjetivos que caracterizan al tipo legal respectivo y fundamentan, en consecuencia, el carácter ilícito del acto. Estos elementos son denominados en doctrina como elementos de tendencia interna trascendente.

---

219 JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 30 I.

220 ES del 19 de enero de 2010, Exp. N° 001808-2009, referente a los elementos subjetivos que caracterizan el dolo en el delito de tortura (art. 321), en http://servicios.pj.gob.pe/jurisWeb/faces/searchResult_2.jsp.

Por el contrario, cuando el elemento subjetivo se refiere a motivos, sentimientos o convicciones considerados de manera independiente, hay que afirmar que se trata de factores que condicionan la culpabilidad[221]. Es el caso del motivo de lucro mencionado en la descripción del asesinato (art. 108, inc. 2), de los fines publicitarios indicados en relación con el secuestro (art. 152, inc. 6), del hecho de saber que el producto que se comercializa origina peligro de muerte (art. 288, inc. 2). Estos elementos no fundamentan ni aumentan el carácter ilícito del acto incriminado; por el contrario, su efecto es el de intensificar la culpabilidad, por lo que se justifica reprimir con más severidad al autor. En doctrina, se designan éstos como "elementos subjetivos de tendencia interna intensificada". 1219

Esta distinción es difícil de apreciar; no obstante, su importancia es práctica y no sólo de naturaleza teórica[222]. En caso de participación, las particularidades personales que afectan la responsabilidad (culpabilidad) de uno de los participantes no modifican la de los demás. Ahora bien, estas circunstancias individuales son elementos subjetivos referidos por supuesto a la culpabilidad. Por lo tanto, quien, sin afán de obtener un provecho ilícito, instiga a una persona a cometer un hurto será reprimido de acuerdo con el art. 185. Por el contrario, al cómplice de quien trafica ilegalmente fármacos, drogas o estupefacientes, sin saber que el autor entrega dichos productos a menores, no se le puede agravar la pena (art. 297, inc. 5). 1220

En la doctrina penal, se discute sobre los criterios que permiten determinar cuáles son los elementos subjetivos del tipo legal que se orientan hacia la culpabilidad o hacia la antijuricidad del acto[223]. Las dificultades resultan insuperables cuando se pretende encontrar un criterio único e inequívoco para clasificar, de una vez por todas, ciertos factores en uno solo de los dos grupos. La respuesta debe buscarse analizando cada uno de los tipos legales en el cual figura un elemento subjetivo. Así, todo depende de cómo se interpreten las circunstancias subjetivas referentes al asesinato (art. 108) para determinar de que clase de elemento subjetivo se trata. Por ejemplo, la ferocidad (art. 108), definida como la ausencia de móvil, está en relación con la culpabilidad. Sin embargo, la situación no es del todo clara respecto a la crueldad y a la alevosía: ambas están vinculadas tanto al tipo legal 1221

221 Jescheck/Weigend, 1996, § 30 I 3; Roxin, 2006a, § 10 N° 7. Se considera elemento subjetivo el *animus difamandi* en la ES 17 de setiembre de 1993, Exp. N° 2098-92 Piura, en Rojas, 1999, p. 116.

222 Roxin, 2006a, § 10 N° 77.

223 Roxin, 2006a, § 10 N° 71.

(la manera como es ejecutada la muerte caracteriza de modo especial el acto incriminado) como a la culpabilidad. Lo decisivo es la manera cómo es comprendido el tipo legal correspondiente, ya que la misma referencia subjetiva puede servir para uno u otro fin.

4. Conciencia

1222 Al hablarse de conciencia, se hace referencia al hecho de que el autor debe ser consciente de ejecutar el acto y debe conocer los demás elementos del aspecto objetivo del tipo legal (p. ej., la calidad de la víctima, la naturaleza del objeto sobre el que se ejecuta la acción o de los medios a emplear, las circunstancias del comportamiento). Se trata tanto de los elementos descriptivos del tipo legal que son aprehendidos sin mayor dificultad por estar referidos al mundo externo, como de los elementos normativos respecto a los cuales es necesario realizar una apreciación de valor (cosa mueble ajena, documento público, funcionario público).

1223 Sin embargo, incluso los denominados elementos descriptivos contienen un aspecto normativo por el simple hecho de haber sido incorporados en la ley. Así, por ejemplo, para concretar la noción de persona como víctima del delito de homicidio es necesario determinar el momento en que se inicia la protección ("durante el parto") y en que se termina ("muerte clínica"); de la misma forma, la noción de bien en los delitos contra el patrimonio.

1224 Por otra parte, si en los delitos de pura actividad la conciencia del agente se limita al desarrollo de la misma actividad delictuosa, en los delitos materiales, por el contrario, es indispensable que se represente tanto el resultado típico, como las condiciones materiales relevantes a la relación de causalidad e imputación objetiva.

1225 Finalmente, en los casos en que el legislador ha establecido una circunstancia objetiva como agravante o atenuante de la represión, el agente debe ser consciente de ésta para que pueda serle imputada a título de dolo. No es necesario, por el contrario, que el agente sepa que es un sujeto imputable o conozca el grado de realización de su acto, las condiciones objetivas de punibilidad (art. 125) o el carácter punible de su acción.

1226 Si se tiene en cuenta que el derecho penal, sobre todo en su núcleo esencial, refuerza prohibiciones o mandatos preceptivos anclados en las reglas sociales básicas, es suficiente que el delincuente sea conciente de la valoración social del hecho y no de la jurídica. Basta, "la valoración paralela en

la esfera del profano" (*Parallelwertung der Laiensphäre*). La estimación que haga el agente (de acuerdo con sus condiciones individuales y situación social) debe ser equivalente (ir en el mismo sentido) a su significación social (tomada en cuenta por el legislador)[224]. Así, en caso de hurto, el agente tiene conciencia del carácter ajeno del bien del cual se apodera en la medida en que sabe que no le pertenece; el falsificador de moneda, que las piezas que fabrica corresponden a moneda de curso legal; el que distribuye una publicación obscena, que ésta contiene referencias groseras y excesivas al sexo; en el delito de omisión de asistencia familiar (art. 149), el entendimiento de las circunstancias materiales de las que se deriva la obligación de prestar alimentos. Se trata, en definitiva, del conocimiento de las circunstancias que fundamentan la apreciación de valor negativa que recae sobre el hecho ilícito.

La conciencia de los hechos debe darse en el momento en que son ejecutados por el autor. En consecuencia, no basta, por ejemplo, que el agente sepa que un hecho o una sustancia son idóneos para provocar un resultado determinado (la muerte de una persona) y que haya tenido la posibilidad de recordarlo en el momento de decidirse y de ejecutar la acción: es necesario que dicho conocimiento aflore en su conciencia y que lo tenga presente en el momento de actuar. 1227

En doctrina[225], se admite en gran medida que sería demasiado exigir que el agente sea siempre conciente de todas las circunstancias en las que actúa. Por eso, se reconoce la existencia de una zona intermedia entre, por un lado, la conciencia plena y actual y, por otro, la inconsciencia. Para denominarla, se utiliza el término co-conciencia (*Mitbewusstsein*)[226]. En ésta, se consideran comprendidos dos tipos de circunstancias: de un lado, quiénes somos (fulano o zutano), qué somos (padre, abogado, funcionario, autoridad), todo lo que nos ocupa en el momento de obrar; es decir, lo que consideramos sin reflexionar. Además, aquellas que, según nuestra experiencia y las circunstancias del caso concreto, están vinculadas con objetos perceptibles (un arma de fuego o una granada son apropiadas para matar). Por ejemplo, en el caso de quien, teniendo conocimiento de la minoría de edad de su sobrina, tiene relaciones sexuales con ella, no es necesario que tenga presente esta situación de manera actual y constante. Su conciencia de este hecho es concomitante a su conocimiento de la persona de la víctima. 1228

224 Cfr. Villa Stein, 2008, p. 249.

225 Contra la aplicación de la noción de co-conciencia respecto al dolo, Frisch, 1989b, p. 346 ss.

226 Baumann/Weber/Mitch, 2003, § 20 N° 10.

1229 Que la conciencia de las circunstancias sea actual no significa que éstas deban constituir una realidad presente. Basta que el agente las considere con seriedad como probables. El transportador de substancias explosivas que se representa, en razón a las medidas que ha adoptado, como altamente improbable la producción de una explosión, no actúa con la conciencia que requiere el dolo. En relación con el Sida, se considera que la posibilidad de que se transmita con ocasión de un solo contacto sexual sin protección, es de menos del uno por ciento, por lo que resulta muy problemático admitir el dolo, salvo cuando el agente ha aumentado de manera importante el riesgo o ha orientado su comportamiento a lograr la transmisión del virus.

1230 Basta que el agente tenga conciencia de la probable realización de los elementos del tipo objetivo, comprendido el resultado. Como entre éste y la acción debe darse una conexión que permita imputar al agente este último como si fuera obra suya, es indispensable que tenga conciencia del desarrollo probable de los hechos que se originan en su decisión de actuar.

1231 La determinación de si el agente tuvo este conocimiento está condicionada por el hecho de que, dadas las innumerables causas que influyen en la producción de un suceso futuro, resulta desmesurado exigir que se prevea en detalle y con seguridad su realización. El resultado será, pues, considerado doloso cuando, según una apreciación objetiva, corresponda al previsto por el "plan" del delincuente[227]. Dicho de otra manera, cuando tenga conciencia de sus aspectos fundamentales de modo que se pueda afirmar que conserva bajo su control los acontecimientos. Por supuesto, no es el caso cuando se producen modificaciones importantes en la evolución de los hechos. Dichas modificaciones crean riesgos que no son propios al comportamiento previsto por el agente. En qué medida estos riesgos deben ser imputados al autor es una cuestión que exige tener en cuenta los criterios de la imputación objetiva[228].

1232 Como la consciencia concierne la creación de una situación peligrosa, hay que considerar que subsiste respecto al resultado que sobreviene horas después de realizada la acción. También cuando el agente no tiene la certeza sobre cuál de sus acciones la ha producido realmente (p. ej., creyendo a la víctima muerta, la decapita). Por el contrario, cuando la víctima, gravemente lesionada por el homicida, es trasladada y muere debido al accidente causado por el chofer de la ambulancia del hospital, este resultado no pue-

227 Roxin, 2006a, § 12 N° 6.

228 Cfr. *supra* N° 1161 ss.

de ser imputado al sujeto activo y, por lo tanto, no puede considerarse que ha consumado el tipo legal; pero subsistiendo el dolo, se le reprimirá por tentativa.

5. Voluntad

El autor debe decidirse a ejecutar el acto descrito por el verbo típico y a realizar todos los elementos o circunstancias que lo caracterizan, de acuerdo con el tipo legal objetivo. Es decir, su voluntad debe referirse de manera global a la realización del tipo legal[229]. No basta en consecuencia que el autor haya tenido simples deseos o esperanzas respecto a la materialización de éste[230]. Las dificultades estriban en la determinación de los criterios necesarios para saber en qué consiste dicha voluntad. Con facilidad se admite que ésta existe cuando la realización de la acción y de las circunstancias previstas en el tipo legal objetivo concuerda con el fin que se ha propuesto el agente. Problemático es, por el contrario, precisar cuándo debe considerarse como querido el resultado o un elemento del tipo objetivo que el autor sólo se ha representado como de probable realización. 1233

La determinación de lo que se entiende por voluntad se ha efectuado en doctrina mediante la descripción de los denominados tipos o clases de dolo. Sin embargo, la terminología utilizada no es uniforme ni tampoco siempre adecuada. Por esto tendremos en cuenta la clasificación tradicional en tres tipos: directo de primer grado, directo de segundo grado (indirecto) y eventual, sin dejar de considerar, por un lado, otros criterios y, por otro, que lo esencial es tratar de precisar el fondo de la cuestión. 1234

a. Dolo directo de primer grado

Casi con unanimidad se define este dolo como la aspiración o pretensión orientada a alcanzar una meta determinada: la realización del tipo legal o el resultado[231]. El agente "persigue", al decidirse a actuar, alcanzar este fin. No es necesario, sin embargo, que éste constituya el objetivo final de su comportamiento. Así, la realización del tipo legal, querida y buscada, constituye el fin penalmente significativo, aun cuando sea sólo una etapa intermedia en el comportamiento del agente. Tampoco es indispensable que dicha meta constituya el motivo por el cual el agente actúa. Éste puede 1235

229 ES del 21 de octubre de 1997, RN N° 3817-97 Huánuco, en ROJAS, 1999, p. 114.

230 JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 29 III 2; BAUMANN/WEBER/MITCH, 2003, § 20 N° 19 ss.

231 ROXIN, 2006a , § 12 N° 7; BAUMANN/WEBER/MITCH, 2003, § 20 N° 40 ss.

obrar, por ejemplo, por venganza o lucro. Por último, también es indiferente que la realización del tipo legal o del resultado sea incierta: lo decisivo es que el agente, creando o aumentando el riesgo de perjudicar un bien jurídico protegido, decida cometer un acto con el objeto de realizar el tipo legal o el resultado previsto. El ejemplo típico es el de quien, para matar a una persona, dispara contra ella desde una distancia que no permite asegurar la producción del resultado. Lo decisivo es que su comportamiento comprenda la decisión de materializar el tipo legal.

1236 Se habla de delitos de propósito (*Absichtsdelikte*), cuando el tipo legal prevé como elemento subjetivo una finalidad especial. La manera inapropiada como la ley se refiere a ésta plantea el problema de saber si se hace referencia a una forma especial del dolo o si sólo se alude a un motivo que debe impulsar al agente. Determinar lo que el legislador ha considerado es una cuestión de interpretación de cada tipo legal. Si no se trata del dolo como tal, estamos ante un caso particular de elemento subjetivo del tipo que no debe ser confundido con éste (p. ej., la finalidad del enriquecimiento ilícito en la estafa). Por lo tanto, resulta inconveniente considerar la intención marcada por un propósito determinado como una forma especial de dolo diferente al dolo directo (primer grado).

1237 Un caso particular con respecto a que basta la voluntad dirigida a la realización de un resultado incierto es el de los delitos cuyo tipo legal prevé, como elemento subjetivo, que el agente actúe "a sabiendas...". En estos casos, existe una diferencia entre el dolo directo y el dolo eventual a nivel del elemento cognitivo. Este conocimiento especial caracteriza de tal manera el dolo que excluye así el dolo eventual. Por ejemplo, quien propaga una enfermedad peligrosa o contagiosa actúa dolosamente sólo cuando lo hace "a sabiendas" (art. 288), es decir teniendo un conocimiento cierto de que propaga una de esas enfermedades; por lo tanto, el dolo eventual no basta.

b. Dolo directo de segundo grado

1238 En este caso, el autor sabe que la realización del tipo legal, de una circunstancia del hecho o del resultado es una consecuencia o una fase intermediaria muy vinculada con la acción que ha decidido realizar[232]. No basta que se represente el resultado como posible; lo considera, por el contrario, como etapa intermedia o presupuesto vinculado de manera segura con el

[232] Roxin, v, § 12 N° 18 ss.; Baumann/Weber/Mitch, 2003, § 20 N° 46 ss.

fin que persigue, pese a que no tenga por segura su producción. Aunque no lo desee o prefiera evitarlo, sin embargo está decidido a realizar el hecho previsto.

Se cita como ejemplo el caso de quien busca matar a una persona pren- 1239
diendo fuego a su casa y considera que la muerte de otras está de modo indefectible vinculada a la realización de su objetivo, pero espera que no se encuentren allí en el momento de provocar el incendio. Otro ejemplo: cuando el agente, con el fin de cobrar un seguro de vida establecido en relación con la víctima, le causa la muerte provocando el naufragio del barco donde ésta se encuentra y a sabiendas de que otras personas perecerán de todas maneras. Este caso implica que el agente considere como inevitablemente vinculada la muerte de éstas con la producción del resultado que tiene por seguro (muerte de persona asegurada). Sin embargo, tampoco es indispensable que estime como ineluctable la producción de este primer resultado si se representa como seguras las consecuencias conexas. Aquí, el agente se figura sólo como probable el resultado querido (p. ej., cuando el delincuente que ha programado el mecanismo incendiario tiene por probable que éste sea desactivado), pero se representa como necesarios los efectos de su realización (muerte de terceros). Por esto, se habla de resultado doloso incierto con efectos necesarios (*beabsichtichtigter unsicherer Erfolg mit sicheren Nebenerfolgen*). Así mismo, poco importa que el agente afirme que hubiera preferido evitar la muerte de las otras víctimas.

La poca trascendencia de la diferencia entre dolo directo de primer grado 1240
y dolo directo de segundo grado explica que muchos autores la rechacen y estimen que se trata de una sola clase de dolo[233]. En ambos, uno de los aspectos del dolo no se presenta de manera completa, pero esta carencia es compensada cabalmente[234]. Así, en el dolo directo de primer grado, la decisión clara de alcanzar el resultado equilibra la conciencia de la probable realización del resultado. En el dolo directo de segundo grado, la representación de que el resultado, no querido de modo inmediato, está vinculado de modo necesario al primero es el elemento que compensa la decisión no dirigida directamente a producirlo. Si alguna importancia puede tener esta distinción es, en particular, a nivel de la individualización de la sanción penal.

---

233 Cramer/Sternberg-Lieben, en Schöncke/Schröder, 2001, § 15, N° 69.

234 Kühl, 2000, § 2 N° 43.

c. *Dolo eventual*

c.1. Introducción

1241 La doctrina propone diversas maneras para precisar en qué consiste el dolo eventual. Las dificultades existen tanto por la complejidad de la situación, sobre todo cuando se trata de distinguirlo de la culpa consciente, como por la imprecisa y heterogénea terminología utilizada. De acuerdo con la importancia que dan a uno de los dos aspectos del dolo, las diferentes sugerencias pueden ser agrupadas, por un lado, en teorías cognitivas y, por otro lado, en teorías volitivas. Además, no hay que olvidar que también se proponen criterios mixtos. De modo que resulta casi imposible y poco práctico, en una exposición como la presente, presentar cada una de las opiniones. Por último, hay que considerar también, por un lado, que los criterios volitivos implican siempre la representación del resultado, pues no se puede querer algo de lo que no se tiene conciencia y, por otro, que los criterios cognitivos planteados encubren u ocultan un factor volitivo[235]. Por ende, no deben sobrestimarse las distinciones propuestas.

c.2. Prioridad al elemento intelectual

1242 Según la teoría de la posibilidad (*Möglichkeitstheorie*)[236], se considera como determinante el hecho que el autor se hubiera representado como posible la realización del resultado y no se haya abstenido de actuar, sin importar su actitud respecto al mismo (aprobación, indiferencia). Una variante de esta teoría exige, en lugar de la simple posibilidad de que el resultado se produzca, que el autor lo prevea como factible, próximo y no sólo como posible (teoría de la probabilidad, *Wahrscheinlichkeitstheorie)*[237]. En la medida en que la realización del resultado es percibida por el autor como inminente (muy probable), se le imputará, evidentemente, a título de dolo directo.

1243 En esta perspectiva, en los últimos años, se ha buscado, sin considerar el grado de probabilidad, reforzar el aspecto cognitivo afirmando que existe dolo cuando el agente crea un peligro de tal importancia que racionalmente una persona cuerda debe pensar que el perjuicio debe producirse o, al menos, que puede consumarse[238]. Así mismo, se ha propuesto precisar la teoría

---

235 KÜHL, 2000, § 2 N° 51; Cfr. BAUMANN/WEBER/MITCH, 2003, § 20 N° 48 ss.

236 GARCÍA CAVERO, 2008. p. 95 ss.; SCHMIDHÄUSER, 1975 10/89 ss.; SCHRÖDER, 1969, p. 207 ss.

237 MAYER, 1967, p. 121; ROSS, 1979, p. 114.

238 PUPPE, 1991, p. 41 ss.

de la probabilidad recurriendo al criterio de que el agente, en el momento de la acción, no haya considerado el resultado como consecuencia improbable de su comportamiento[239]. De manera más radical, se ha planteado[240], partiendo de la idea de que toda acción delictuosa implica una situación de peligro, que el objeto del dolo sólo es la conducta típica (art. 121, conducta con riesgo no permitido de lesionar). De modo que no es decisivo tener en cuenta el factor volitivo, puesto que la represión a título dolo sería justificada por el conocimiento del riesgo que tenga el agente.

Estos últimos planteamientos, sin embargo, no se limitan a definir al dolo 1244
sólo considerando el aspecto cognitivo, ya que la referencia a la conciencia de la probabilidad (tomar en serio el peligro) es considerada para determinar cuándo ésta implica que el agente ha tomado una decisión (tomar en serio el resultado probable y actuar en consecuencia[241]). En realidad, así, el criterio favorable al elemento cognitivo es enriquecido con un elemento referido a la voluntad aún de manera atenuada, lo que significa, en buena cuenta, volver a introducir el elemento volitivo de manera velada[242].

De esta manera, se relega la voluntad, que sin embargo es esencial en el 1245
dolo. Por más sugestivo y moderno que se le estime, no resulta convincente afirmar que debe admitirse que obra con dolo quien es conciente de lo que hace, conociendo el peligro concreto que genera su comportamiento[243]. Esta propuesta de interpretación tampoco es compatible con los criterios normativos que inspiran el Código e implica tener que reducir la acción humana a sólo sus componentes intelectuales.

Por último, no está demás señalar que, en la medida en que se trata de 1246
reconocer al criterio de la probabilidad el papel fundamental para definir el dolo, no se tiene en cuenta, de un modo suficiente, la enorme dificultad que hay para definir este factor y, en particular, que es imposible distinguir posibilidad de probabilidad sin caer en la arbitrariedad; puesto que no hay criterio preciso y objetivo para determinar en qué momento un suceso posible deviene, primero, probable y, luego, en altamente probable. También, se olvida que la conciencia, en el dolo, es un conocimiento o un saber ca-

239 Jakobs, 1991, 8/23 ss.

240 Frisch, 1983, p. 97; Zielinski, 1990, §§ 15/16 N° 18.

241 Rudolphi, en *SK*, AT 1, § 16, N° 41.

242 Haba, 2003, p. 122.

243 Frisch, 1983, p. 97; Schmidhäuser, 1975, p. 394 ss.; Bacigalupo, 1997, p. 228. Cfr. Silva Sánchez, en Cobo del Rosal y otros, 1999, p. 623 ss.

lificado, lo que es fuente de confusión. Así, en el dolo directo el agente puede también representarse el resultado como sólo probable, pero esto no basta para admitir que existe. En la culpa consciente, el agente también se representa el resultado como posible, pero no puede ser considerada, en contra de lo que afirman las teorías cognitivas extremas, como dolo, pues, el autor carece de voluntad de realizarlo (p. ej., intervención quirúrgica de alto riesgo). Del simple hecho de que el agente se represente el resultado, por ejemplo, como seguro, no puede deducirse sin más que ha decidido consumarlo[244].

c.3. Prioridad al elemento voluntad

1247 Los criterios que prefieren otorgar la prioridad al elemento volitivo han sido expresados de diversas maneras. El elemento común que los vincula es la actitud del agente respecto al resultado que se representa como posible. Esta actitud ha sido descrita, a veces, como el hecho de que el agente apruebe o consienta el resultado que se imagina como probable (teoría de la aprobación o del consentimiento). En su foro interno, debe considerar la producción del resultado como bienvenida, circunstancia que conlleva una apreciación negativa de la actitud del sujeto activo. En otras ocasiones, se ha considerado suficiente que haya mostrado desinterés respecto al perjuicio probable de su comportamiento (teoría de la indiferencia)[245]; es decir, que lo hubiera aceptado con relativo desdén o lo tenga como consecuencia positiva. La indolencia del agente frente a la probabilidad de causar un perjuicio a terceros pone en evidencia, al menos, que se ha resignado a producirlo. Así, el dolo eventual estaría excluido en la hipótesis de que el agente tuviera al resultado como indeseable o esperara que no se produjera. También, se ha propuesto un planteamiento negativo para determinar su voluntad. Con este objeto se niega el dolo eventual cuando la voluntad que controla el desarrollo del hecho está dirigida a evitar que el resultado se produzca[246]. Ambas teorías no logran explicar todos los casos problemáticos, pero pueden ser consideradas como criterios útiles para admitir o rechazar el dolo eventual.

1248 La insuficiencia de estas teorías se debe a que, mediante los criterios propuestos, atribuyen una importancia indebida a los deseos con que actúa el agente, cuando en realidad lo decisivo es saber a favor y en contra de qué se

---

244 ROXIN, 2006a §12 N° 4.

245 ENGISCH, 1930, p. 95 ss.

246 ARTHUR KAUFMANN, 1983, p. 59; HASSEMER, 1989, p. 289 ss.; Cfr. STRATENWERTH, 1959, p. 61.

ha decidido[247]. El hecho de que el autor desee que no se produzca el resultado que se ha representado como probable, no es óbice para que el mismo le sea imputado a título de dolo, cuando decide correr el riesgo que se realice con ocasión de ejecutar la acción con la que pretende alcanzar otro objetivo anhelado. El resultado probable es asumido como un mal menor para realizar la meta querida. Es el caso de quien apuesta que, mediante un disparo de revólver, es capaz de dar en la copa que sostiene una persona en la mano y sin lesionarla. Para ganar la apuesta, él asume este último resultado que no quiere que se origine porque de lo contrario la perdería. La posibilidad de imputarle a título de dolo la lesión que causa al fracasar en su intento se basa, precisamente, en su decisión de aceptar este resultado probable como un mal menor. Los sentimientos de aprobación o indiferencia respecto al resultado constituyen, pues, sólo simples indicios de que el delincuente ha actuado con dolo.

c.4. Doctrina mayoritaria

Según el criterio predominante no debe tenerse en cuenta los sentimientos 1249
de aprobación o de indiferencia del agente con relación al resultado. Se considera suficiente que, respecto a su probable realización, el agente se haya conformado con que se produzca. En una situación concreta, el agente decide actuar y, entonces, se representa como probable la realización del supuesto de hecho típico. A pesar de tomar en serio esta eventualidad, en lugar de abstenerse como lo espera el ordenamiento jurídico, "ejecuta el acto", de modo que por su manera de actuar se conforma, se resigna, hace suyo el resultado probable[248].

El punto de partida es que, aún en este caso, el agente ha decidido actuar 1250
con el objeto de realizar un plan (*Planverwirklichung*). Quien obra de esta manera y es consciente de la posibilidad de cometer un delito, debe hacer lo necesario para descartar dicha eventualidad. Si no lo hace, se puede afirmar que ha contado o calculado con su materialización. Por esto es incorrecto hablar de "dolo condicionado" (*bedingter Vorsatz*): el dolo como voluntad de actuar conforme a un plan no puede ser "condicionado" si el agente está dispuesto, cueste lo que cueste, a llevar a cabo su comportamiento[249]. La

247 Roxin, 2006a, § 12 N° 40.

248 Jescheck/Weigend, 1996, § 29 III 3 a; Rudolphi, en SK, AT 1, § 16 N° 43; Kühl, 2000, § 5 N° 85 ss.; Marinucci/Dolcini, 2006, p. 255.

249 Roxin, 2006a, § 12 N° 24.

conciencia que tiene de la posible realización de un perjuicio a terceros no basta para disuadirlo de actuar, de modo que comprende esta eventualidad en sus cálculos al decidirse a llevar enteramente a cabo su conducta. Se conforma así con el resultado.

1251 En la doctrina, se usan diversas expresiones para resumir este conjunto de criterios. Así, por ejemplo, se dice que el agente debe "acomodarse" (*sich abfinden*), consentir (*billigen*) o aceptar (*in Kauf nehmen*). Estos esfuerzos son vanos en la medida en que tratan de describir un factor psíquico, cuando de lo que se trata, en realidad, es de precisar el criterio normativo conveniente para imputar al autor que ha actuado con dolo eventual.

c.5. Diferencias con culpa consciente

1252 Resulta difícil distinguir el dolo eventual de la culpa consciente[250]. En ambos la realización del tipo legal (en particular del resultado) es percibida por el agente como probable. Sin embargo, según las circunstancias del caso concreto no se puede sostener que formaba parte del plan conforme al cual obraba el sujeto activo. Éste confiaba a la ligera en que el resultado previsto -pero no calculado en su plan de actuación- no se produciría.

1253 Formular el criterio que permita distinguir ambos casos es bastante problemático. No se trata, claro está, de fijar un cartabón de orden psicológico, sino más bien de precisar un criterio normativo. Con estas limitaciones, se puede sostener que actúa con dolo eventual quien, considerando seriamente la posibilidad de que se efectúe un tipo legal o uno de sus elementos, decide ejecutar su comportamiento y, de esta manera, se conforma con su realización o la acepta.

1254 Para saber si el agente incluye en su plan de acción el resultado previsto como probable hay que recurrir a los diferentes criterios propuestos mediante las diversas teorías: aprobación, aceptación, indiferencia, confianza con relación al resultado, asumir, hacer suya, tomar en serio, su producción. Por el contrario, en caso de culpa consciente, el agente no ha calculado la realización del tipo legal o del resultado como formando parte de su plan de acción y, además, el mismo confía imprudentemente en que evitará lo que se había representado como posible (muerte en el caso de homicidio

250 BAUMANN/WEBER/MITCH, 2003, § 20 N° 48 ss.; BACIGALUPO, Art. 12, en CONDE-PUMPIDO/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2007, p. 87

o minoría de edad de la víctima en el caso de violación de un menor de 14 años)[251] o tiene la esperanza de que no suceda y no deja que los sucesos sigan simplemente su curso.

c.6. Hipótesis posibles

Como en relación con el dolo directo, pueden presentarse, por lo menos, tres situaciones de hecho con respecto al dolo eventual. La primera consiste en un conflicto entre dos resultados posibles: el agente decide producir un perjuicio (matar a una persona por venganza) y, al mismo tiempo, prevé un segundo resultado probable como subsidiario (lesionarla). Este resultado es imputable a título de dolo eventual y no de dolo directo porque no es una consecuencia necesariamente vinculada al fin querido y perseguido por el sujeto activo. Sucede lo mismo, cuando éste realiza un acto que puede dar lugar a diversos resultados sin preferir uno de ellos en especial. Por ejemplo, el asaltante que dispara su arma de fuego contra sus perseguidores sin importarle si matará o lesionará a alguno de éstos. 1255

La segunda situación corresponde a los casos en que el delito intermediario para la comisión del comportamiento querido sólo es considerado como probable por el agente. Por ejemplo, éste, sin saber que la víctima está dispuesta a practicar el acto sexual con él, la amenaza para lograr que se someta. Aquí, la coacción (art. 151) es ejecutada con dolo eventual y, la violación (art. 170) con dolo directo si la víctima no consiente. 1256

La tercera hipótesis concierne al caso de las consecuencias posibles de la realización del resultado de la acción querida. El agente enciende una fogata en su jardín aceptando con indiferencia que se concretice el riesgo de incendiar la casa vecina. Si lo hace con simple ligereza, se trataría más bien de una culpa consciente. 1257

La difícil distinción entre el dolo eventual y las otras formas de dolo tienen una importancia práctica, sobre todo, en los casos en los que se prevé una forma especial de dolo directo[252], debido a que se excluye al primero; por ejemplo, cuando el tipo legal requiere que el agente actúe "a sabiendas" (art. 140, bigamia; art. 312, alteración del medio ambiente). 1258

---

251 Roxin, 2006a, § 12 N° 27.

252 Cfr. *supra* N° 1235 ss.

d. Formas de dolo en relación con el momento de la decisión

1259 El dolo implica, en principio, que el autor, antes de comenzar a actuar, se resuelva a ejecutar el acto y conserve su decisión durante todo el desarrollo de su intervención. Es insuficiente que manifieste después su satisfacción (*dolus subsequens*) con la infracción que ha realizado sin dolo previo. Por ejemplo, el testigo que de buena fe declara contra la verdad no comete con dolo el delito de falso testimonio (art. 409) y permanece impune a pesar de que, después de conocer la verdad, manifiesta su complacencia de haber, objetivamente, testimoniado con falsedad. Tampoco comete hurto quien toma un bien mueble (abrigo, paraguas, libro) creyendo que es suyo y luego de darse cuenta de su error decide conservarlo para sí. En este caso, el autor cometería dolosamente el delito de apropiación ilícita de un bien que ha caído en su poder por error (art. 192, inc. 2).

1260 También es insuficiente que el agente haya decidido con anterioridad cometer un delito para que, en caso de que se produzca el resultado, se le considere sin más responsable a título de dolo. Así, a pesar de que el marido haya adquirido un arma de fuego para matar a su mujer, no se le reprimirá a título de homicidio doloso si manipulándola de manera imprudente le causa la muerte[253].

1261 Por último, se presenta el problema de saber, sobretodo en los llamados delitos permanentes[254], qué sucede si el dolo surge en el autor durante la ejecución de la acción. Por ejemplo, quien por descuido encierra con llave a una persona en un cuarto y, después de darse cuenta del perjuicio involuntario que causa, decide no liberar a la víctima (*dolo superveniens*). Su responsabilidad a título de dolo comenzará desde el momento en que decide secuestrar a la persona encerrada en un inicio por error.

VI. Error de tipo

1. Generalidades

1262 Si bien se distingue, en general, entre error (falso conocimiento de la realidad) e ignorancia (ausencia total de representación de la realidad), en derecho penal esta diferencia no tiene una importancia trascendente. Así, la no-

253 JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 29 II 2; ROXIN, 2006a, § 12 N° 89; TRECHSEL/NOLL, 2004, p. 96.

254 Cfr. *supra* N° 1133.

ción de error comprende tanto la falsa representación de la realidad como su ignorancia[255]. De manera tradicional, en la legislación y en la doctrina, se consideran dos clases de error. De acuerdo con la terminología tradicional, se hablaba de error de hecho (*error facti*) y error de derecho (*error juris*). Actualmente, se prefiere hablar de error de tipo (*Tatbestandsirrtum*) y de error de prohibición (*Vebotsirrtum*)[256].

En el art. 87 del CP de 1924, se hacía referencia, por un lado, a las "infrac- 1263
ciones cometidas por una errónea apreciación de los hechos" y, por otro, al hecho de que "la ignorancia de la ley penal no modificará en ningún caso la represión". Tanto el aspecto formal como el material de esta solución han sido abandonados al elaborarse el Código vigente. Siguiendo criterios germánicos[257], se regula en el art. 14, pf. 1, el error "sobre un elemento del tipo penal" y, en el pf. 2, el "error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal". La regulación del error "respecto a una circunstancia que agrave la pena" es más bien de influencia española.

El error de tipo[258] se presenta cuando el agente tiene una representación 1264
equivocada de una circunstancia a la que se hace referencia en el tipo legal objetivo mediante los denominados "elementos descriptivos o normativos". Se trata, en consecuencia, de una condición que concierne al aspecto cognitivo del dolo: la conciencia. El agente no comprende, en el contexto social y jurídico en el que se encuentra, el sentido material de su comportamiento. De esta manera, desconoce que su conducta se adecua a un tipo legal[259], y éste, en consecuencia, no cumple su función de llamar la atención sobre el carácter ilícito del acto.

En el caso del error de prohibición, por el contrario, el agente sabe bien lo 1265
que hace; pero se equivoca sobre el carácter ilícito de su comportamiento.

---

255 Jiménez de Asúa, 1964 V, p. 566; Jescheck/Weigend, 1996, § 29 I a; Gropp, 1997, § 13 N° 4.

256 Jescheck/Weigend, 1996, § 29, V 1 c; Rudolphi, en SK, AT 1, § 16 N° 26; Baumann/Weber/Mitch, 2003, § 21 I, II; Fiandaca/Musco, 1989, p. 195; Rodríguez Ramos, 1980, p. 1073 ss.; Bacigalupo, 1981, 1, p. 919; Mir Puig, en Cobo del Rosal y otros, 1999, p. 658 ss.; Reaño, 2003, p. 187.

257 Cfr. Trechsel, 2008, Art. 13 N° 1 ss.

258 ES del 30 de diciembre de 1997, Exp. N° 2104-97 Huancavelica, en Rojas, 1999, p. 127; ES del 5 de marzo de 1998, Exp. N° 3753-97 Ayacucho, en Rojas, 1999, p. 129; ES del 30 de enero de 1998, Exp. N° 095-97, en Rojas, 1999, p. 594; ES del 22 de diciembre de 1997, Exp. N° 559-97, en Rojas, 1999, p. 381; ES del 26 de marzo de 1998, RN N° 2744-97 Amazonas, en Rojas, 1999, p. 41.

259 García Cavero, 2008. p. 423 ss.; Roxin, 2006a, § 12 N° 102.

Como lo veremos más adelante[260], esta circunstancia está en relación con la culpabilidad del sujeto[261]. Esto significa que la conciencia constituyente del dolo (aspecto central del tipo legal subjetivo) no abarca necesariamente la antijuricidad del hecho. Lo importante, a este nivel, es el conocimiento por el autor de las circunstancias externas y de su significado social, no de la índole prohibida de su acción.

1266 El error en el que puede incurrir el agente sobre la calificación jurídica de su acción[262] o de uno de sus elementos (*Subsumptionsirrtum*)[263] no es trascendente respecto a la conciencia con la que debe actuar. Por ejemplo, en el caso de daños (art. 205), el agente cree que matar el perro de su vecino no es delito porque estima que los animales no son "bienes", en el sentido de cosas materiales. Este error tampoco puede justificar se invoque un error sobre el carácter prohibido del acto, ya que difícilmente puede alegarse que el agente no era consciente de que su acto fuera contrario al orden jurídico.

1267 Un caso particular se presenta cuando el tipo legal contiene un elemento que determina globalmente su carácter antijurídico. Por ejemplo, el art. 159 describe la violación de domicilio como el hecho de penetrar, "sin derecho", en morada ajena. El que comete este acto creyéndose autorizado a hacerlo, no ignora que entra en casa ajena sino que se equivoca sobre el carácter ilícito de su comportamiento. Actúa entonces con dolo porque conoce muy bien los hechos; pero puede no ser culpable en razón del error de prohibición.

1268 Un problema arduo y muy discutido es el referente a las denominadas leyes penales en blanco (*Blankettstrafgesetzen*), cuando la norma sancionadora es completada mediante otras normas legales[264] extra penales. El error de tipo, en estos casos, sólo existe cuando el desconocimiento o la ignorancia se refieren a elementos descriptivos o normativos contenidos en la norma integradora[265]. Si ésta no es conocida por el autor, se presenta un error de

---

260 Cfr. *infra* N° 1770 ss.

261 Cfr. VILLA STEIN, 2008, p. 254 ss.

262 Sentencia de la Sala Penal de la Corte Superior de Loreto del 26 de febrero de 1999, Exp. N° 98-0175-191601-SP Loreto, en SerJur 3. Lima, 2000, p. 185 ss.

263 ROXIN, 2006a, § 12 N° 106 ss.; RUDOLPHI, en SK, AT 1, § 16 N° 23; BAUMANN/WEBER/MITCH, 2003, § 21 N° 7.

264 JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 29 V 3; CRAMER/STEINBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 15, N° 99 ss.; MAURACH/ZIPF, 1992, § 23, N° 9; RUDOLPHI, en SK, AT 1, § 16 N° 18 ss..

265 ROXIN, 2006a, § 12 N° 110 ss.; CRAMER/STEINBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 15, N° 100; MAURACH/ZIPF, 1992, § 23, N° 10; JAKOBS, 1991, p. 8/47.

prohibición porque no le es posible saber si su conducta es ilícita. Lo mismo hay que afirmar cuando el agente cree por equivocación que la norma integradora justifica su acción.

2. Objeto del error

Según el art. 14, inc. 1, el error debe recaer sobre "un elemento del tipo penal"[266]. Por tipo penal (utilizando la terminología de la ley) debe entenderse sólo el tipo legal objetivo (elementos descriptivos y normativos)[267]. Se trata entonces de un elemento esencial que, sólo o junto a otros, fundamenta la ilicitud del comportamiento incriminado. Por el contrario, no es cuestión del tipo legal sistemático, constituido por todos los elementos que caracterizan el delito y son la base de la sanción[268]. Esto significa, por ejemplo, que no se exige que el agente sea consciente de que actúa con dolo, con el propósito de enriquecerse o de que su comportamiento sea ilícito. En cambio y como ya lo hemos señalado, la conciencia debe comprender la acción, sus modalidades, los medios, el objeto del delito, las circunstancias que fundamentan la imputación objetiva e, igualmente, los elementos subjetivos referentes a la víctima (art. 112, dolores intolerables). 1269

La determinación del error sobre un elemento descriptivo del tipo legal objetivo es de fácil constatación por la índole del mismo juicio de apreciación entre lo que se representa el agente (tirar sobre una persona, utilizar un veneno) y lo que sucede en la realidad (tirar sobre un animal, emplear una sustancia inocua). Resulta más complicado hacerlo respecto a los elementos normativos, en la medida en que éstos implican un juicio de valoración; es decir, la atribución de un significado jurídico, social o ético a la situación a la que se refieren dichos elementos. El agente puede equivocarse, por lo tanto, sea sobre la situación material, objeto de la apreciación, sea sobre ésta misma. En caso de hurto (art. 185), el agente puede creer, por una 1270

266 En la ES del 28 de mayo de 2004, RN N° 472-2004-Arequipa, la Corte Suprema afirmó que el error de tipo se da de dos maneras: "cuando el agente, actuando con las previsiones del caso se hubiese dado cuenta de su error, aquí se elimina el dolo, pero subsiste la culpa, y será sancionado como un delito culposo si está contemplado por el Código Penal (error vencible); o cuando a pesar de ello, no se hubiese dado cuenta de su error, aquí el sujeto queda exento de responsabilidad, pues se elimina tanto el dolo como la culpa (error invencible)". El mismo criterio ha sido seguido en la ES del 03 de septiembre de 2004, RN N° 1402-2004-Lima; cfr. San Martin, 2006, p. 270 y 333; así como en la ES del 04 de octubre de 2004, RN N° 227-2004-Lima, Cfr. Caro, 2007, p. 233.

267 Reaño, 2003, p. 200 ss.; Mir Puig, en Cobo del Rosal y otros, 1999, p. 661 ss.

268 Ver *supra* N° 460 ss.

confusión, sustraer un bien que estima le pertenece, cuando en realidad es propiedad de otro. El error recae sobre un elemento normativo del tipo legal (ajenidad del bien). Si este error se debe a que no comprendió en sentido lego, común, que el bien era ajeno, no ha actuado con dolo de hurtar.

1271 El agente que desconoce un elemento del tipo objetivo (base de la ilicitud del acto), actúa sin dolo. Carece de conciencia respecto al acto que realiza, de modo que el error de tipo constituye la contrapartida negativa del aspecto intelectual del dolo. Por el perjuicio causado, el agente puede ser reprimido a título de culpa si la ley lo prevé de modo expreso y, por supuesto, si el error se debe a una imprevisión culpable (art. 14, inc. 1, *in fine*)[269].

1272 Referente a los tipos legales derivados, las circunstancias agravantes o atenuantes son elementos constitutivos que están en relación sea con la ilicitud, sea con la culpabilidad. Sólo en el primer caso, deben ser comprendidas por la conciencia del dolo. Por ejemplo, en el art. 108 (asesinato), todas las circunstancias que hacen de un homicidio un asesinato no pueden ser tratadas de la misma manera. La alevosía del homicida aumenta la represión porque intensifica la culpabilidad. El ánimo del agente debe ser alevoso, por consiguiente no puede exigírsele que actúe de esta manera con dolo, puesto que la alevosía no puede ser, al mismo tiempo, objeto de la conciencia requerida para que exista dolo. Por el contrario, la crueldad acentúa, por referirse a la modalidad del comportamiento, el carácter ilícito del hecho de matar a una persona. Si el agente no se da cuenta que causa a la víctima dolores insoportables o innecesarios comete un error de tipo; por lo tanto, sólo será reprimido según el art. 106 (homicidio simple).

1273 En el art. 14, se prevé de modo expreso que "el error... respecto a una circunstancia que agrava la pena..., excluye... la agravación". Con esta disposición, se sigue más bien el modelo hispánico (art. 14, inc. 2, del CP español) en lugar del germano. El § 16 del CP alemán no regula el error concerniente a una circunstancia agravante; en su pf. 2, se prevé, más bien, el error referente a una circunstancia atenuante.

1274 La no agravación de la pena cuando el agente, por error, no tiene conciencia de la circunstancia agravante (cree que la mujer embarazada consiente en que se le practique el aborto), se basa en la idea, admitida en el mismo art. 14 *in initio*, de que el delincuente debe ser declarado responsable sólo de lo que haya sabido y querido cometer. Habiendo consumado el tipo legal

[269] ES del 30 de enero de 1998, Exp. N° 095-97, en ROJAS, 1999, p. 594.

básico, se le reprimirá según la pena prevista en este caso. Por esto, la referencia a las circunstancias agravantes, en el art. 14, puede ser considerada como superflua[270].

Teniendo en cuenta la idea en que se fundamenta la regla relativa al error de tipo, cabe preguntarse si no hubiera sido preferible prever una regla especial referente al error sobre una circunstancia atenuante. La falta de referencia a dicho error en el art. 14 puede deberse a que se pensó que la respuesta podía deducirse *a contrario* de lo dispuesto respecto a las circunstancias agravantes. Si éstas son excluidas debido al error, entonces las atenuantes admitidas por error deberían tenerse en cuenta. Por ejemplo, quien al interrumpir el embarazo de una mujer supone equivocadamente que ésta consiente, debe ser reprimido por aborto consentido (reprimido con menor severidad que el aborto no consentido). El tipo legal básico ha sido cometido con dolo, pero se tiene en cuenta, al reprimirlo con menos severidad, lo que ha sucedido en realidad. 1275

Esta solución resulta coherente y justa en relación con los principios admitidos; en particular, con el de la afectación de un bien jurídico: la represión de una acción se basa y justifica tanto porque afecta un bien jurídico, como por la manera como este perjuicio tiene lugar. El error sobre una circunstancia atenuante tiene la misma estructura que la tentativa imposible (art. 17): resulta "imposible" cometer el comportamiento típico básico porque se da, en realidad, el hecho que fundamenta la atenuación. Por esto, el "delito imposible" no es tomado en consideración y se tiene en cuenta la circunstancia atenuante, a pesar de que el agente no sea consciente de su presencia. Este planteamiento está implícito, por ejemplo, en el art. 13 del CP suizo[271], según el cual quien obra bajo la influencia de una apreciación equivocada de los hechos será reprimido según ésta si le es favorable. Así, si el agente por error considera que existe una circunstancia que atenúa la represión será juzgado aplicando esta atenuante por serle favorable. 1276

Este problema ha sido resuelto de manera explícita en el § 16 II del CP alemán[272], en el sentido siguiente: si el agente, al realizar su comportamiento, supone por error circunstancias atenuantes, "sólo puede ser castigado por comisión dolosa según la ley más benigna". Siendo más difícil deducir la 1277

---

270 Jescheck/Weigend, 1996, § 29 V 4. Respecto a las relaciones entre los arts. 14, inc. 2 y 65 del CP español, Cfr. Maqueda, 1983, p. 718.

271 Hurtado Pozo, 2003, N° 221 ss., 679 ss.

272 Cfr. Kindhäuser, 2006, § 16, N° 2;

solución a partir de la regla básica del art. 14 de nuestro Código, es decir, en comparación al caso de las circunstancias agravantes, hubiera sido conveniente regular de modo expreso la solución propuesta mediante interpretación. El modelo alemán resulta así preferible al español.

1278 Cabe aún preguntarse qué pasa si el agente actúa desconociendo una circunstancia atenuante realmente existente; por ejemplo, cuando la madre está de acuerdo con el aborto, pero el delincuente ignora este hecho. Este caso implica la hipótesis del error sobre una circunstancia agravante, puesto que, al desconocer la circunstancia atenuante, el autor imagina que comete un delito más grave. Si se le reprimiera según su representación, se contradiría el criterio que fundamenta la regla básica del art. 14, según el cual el error de tipo debe influir en favor del sujeto activo. En consecuencia, debe aplicársele la pena menos severa porque así se excluye la hipótesis agravada que le desfavorece. Lo que se confirma con la no represión de la tentativa imposible, que es un error al revés (art. 17). Además, admitir el criterio opuesto supondría una violación de la regla según la cual la imputación objetiva sólo existe respecto a lo que efectivamente el agente ha efectuado.

3. Error vencible e invencible

1279 La influencia del modelo español se evidencia aún más cuando, en el art. 14, se determina el efecto del error de tipo según su carácter vencible o invencible (art. 14 CP español). Este criterio resulta precisado con la referencia que se hace a la culpa para indicar la manera de proceder en caso de error vencible ("la infracción será castigada como culposa", art. 14, inc. 1, *in fine*). Pero hubiera bastado, como sucede en el CP alemán (§ 16 I), con afirmar que la represión a título de culpa procede aun cuando el dolo no se dé por un error de tipo.

1280 En todo caso, no basta que el agente actúe bajo la influencia de un error para no ser considerado responsable a título de dolo. Resulta además indispensable que no se le pueda reprochar que haya incurrido en error. Como un error doloso constituye un contrasentido, sólo puede tratarse de una equivocación o ignorancia fruto de una culpa. Esto no significa, sin embargo, que se trate de una ignorancia o desconocimiento culpables[273].

1281 Por lo tanto, para apreciar el carácter inevitable del error resulta conveniente recurrir a los criterios utilizados para determinar si se da o no un delito

[273] BUSTOS/HORMAZABAL, 1997, p. 245 ss.; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 29 V 4.

culposo. Lo decisivo es, en consecuencia, comprobar si el agente tomó, para evitar el error, las precauciones necesarias de acuerdo con las circunstancias personales y materiales en que actuó[274].

La redacción del texto legal es defectuosa en la medida en que se establece que el error de tipo hace desaparecer la responsabilidad (art. 14), cuando en realidad lo que desaparece es el dolo y, por lo tanto, el agente no es responsable porque su comportamiento no es típico. 1282

4. Conciencia de la relación de causalidad

De acuerdo con la concepción tradicional que admite la teoría de la causalidad natural, el nexo externo que une la acción al resultado (en los delitos de resultado) constituye un elemento del tipo legal objetivo y, en consecuencia, para que el agente obre con dolo debe conocerlo. Sin embargo, los defensores de esta teoría no han dejado de reconocer que es imposible tener conciencia de todos los detalles del desarrollo causal, de ahí que basta con que sea consciente de sus aspectos esenciales. Esto significa que la representación del curso causal que el agente tenga en el momento de obrar no difiera de manera sustancial[275] del desarrollo real de la causalidad. 1283

Para saber si la desviación es esencial o no, hay que recurrir a los criterios de la causalidad adecuada o, más bien, a los de la imputación objetiva. De esta manera, se debe afirmar que la desviación no es sustancial si permanece dentro de lo que es adecuado y previsible. El agente debe tener conocimiento de que ha creado un peligro prohibido en relación con la víctima. Además, la desviación no debe justificar otra valoración del acto. 1284

Si el desarrollo causal sufre una modificación significativa, hasta tal punto que, el resultado no puede ser previsto por el agente, no se trata entonces de un caso de error de tipo sino más bien de un supuesto de imputación objetiva. De conformidad con lo que hemos indicado, la muerte de una persona lesionada consecutiva a un incendio en el hospital a donde ha sido trasladada para ser curada, no puede ser atribuida al autor de las lesiones dolosas como si fuera su propia obra. A éste no se le puede imputar la realización del tipo legal de homicidio. De modo que la cuestión del error de tipo sólo puede plantearse una vez que se haya comprobado la imputación 1285

---

274 ESup del 23 de mayo de 1996, Exp. N° 217-92 Lima, en Diálogo con la Jurisprudencia, T. N° 4; Reaño, 2003, p. 196 ss.

275 Stratenwerth, 2005, § 9, N° 81; Bemmann, p. 817 ss.

objetiva. Desde esta perspectiva, se comprende la afirmación según la cual la conciencia del curso causal no es condición del dolo y su desconocimiento no debe tratarse como un error de tipo (art. 14). De lo que se trata, según este criterio, es que el autor deba tener conciencia de las circunstancias que fundamentan la imputación objetiva (en particular, la creación de un peligro no permitido)[276].

1286 El ámbito del error de tipo en este dominio se encuentra, pues, limitado a los casos en los que el agente ha omitido tomar en consideración desviaciones no esenciales del curso causal a pesar de que eran previsibles. En otras palabras, la cuestión es precisar en qué límites pueden ser consideradas como comprendidas por el dolo del agente las desviaciones del nexo causal. El factor decisivo sólo puede ser de orden normativo, pues, se trata de imputar el tipo subjetivo al autor de la acción. A este efecto hay que comprobar si el acto y el resultado, a pesar de la desviación del curso causal, constituyen aún la realización del plan del delincuente[277]. En caso de respuesta afirmativa, y debido a que ya ha sido constatada la imputación objetiva, hay que admitir que el agente ha actuado con dolo.

5. *Aberratio ictus*

1287 De los casos de error sobre el objeto del delito hay que distinguir los agrupados bajo la denominación *aberratio ictus*. Éstos constituyen una desviación del curso causal: el delito se realiza en un objeto diferente al que el autor tuvo como meta de su acción. Por ejemplo, Pedro dispara contra Juan, pero éste evita el proyectil; el mismo que mata a Rosa. Como lo veremos después[278] en el error *in personam* el resultado se produce en el objeto hacia el cual el agente había dirigido su acto, pero resulta ser otro que el representado. El ejemplo típico es el de quien victima a Juana creyendo matar a Inés. En ambos casos el agente tiene conciencia y voluntad de matar a una persona, pero el resultado difiere, por factores diferentes, del que el agente se representó. Sin embargo, en su estructura, el error *in personam* se presenta de manera similar a la *aberratio ictus*.

1288 Decidir si ambos casos deben ser tratados de la misma manera no es una cuestión que dependa de las diferencias específicas al nivel de la representación que tuvo el agente. Se trata más bien de un criterio normativo: res-

276 Stratenwerth, 2005, § 9, N° 82; 1997a, § N° 143.

277 Roxin, 2006a, § 12 N° 160 ss.

278 Cfr. *supra* N° 1300 ss.

pecto al error *in personam*, la identidad de la víctima carece de valor significante, en general, debido a que es la representación que el agente tiene del resultado y del objeto del delito la que resulta decisiva para la imputación subjetiva del perjuicio al autor en el nivel del dolo.

Según el art. 84, *in initio*, del Código derogado, "el delito es punible aunque varíe el mal que el delincuente quiso causar". De esta manera, se quiso dar una respuesta general a diferentes tipos de casos; previendo al lado de la *aberratio ictus* las formas preterintencionales. La solución era incorrecta desde el punto de vista técnico, pero inoportuna desde una perspectiva de política criminal, lo que quedó evidenciado en la manera como la Corte Suprema interpretó y aplicó dicha disposición. La no inserción de una regla de tal orientación en el actual Código es del todo justificada. Los casos de *aberratio ictus* deben ser tratados como formas de variación de la relación de causalidad y en vinculación con el aspecto intelectivo del dolo. 1289

Esta situación es mucho más clara cuando el agente dispara su revólver sobre una persona sin alcanzarla y el proyectil rebota contra un muro causando así la muerte de un peatón. La modificación del resultado sale del marco de la relación de causalidad previsto por el sujeto activo. Respecto al resultado muerte no se da el dolo. Sólo debe considerarse tentativa respecto a la primera persona y, según las circunstancias, homicidio culposo en cuanto a la segunda. 1290

En casos como el citado al comienzo, si se considera que el dolo supone la realización del resultado sobre el objeto de un delito determinado (en el ejemplo citado, Juan) y éste se produce sobre otro (Rosa), no se puede afirmar su existencia respecto a este último. Este suceso, según las circunstancias, podrá considerarse como un homicidio culposo; con relación a Juan, sólo se da una tentativa de homicidio doloso. Este es el criterio llamado de la concretización (*Konkretisierungstheorie*)[279] aceptado por la mayoría de la doctrina[280]. Los defensores de la denominada teoría de la igualdad (*Gleichwertigtheorie*)[281] sostienen una opinión diferente[282]. Según 1291

279 Mir Puig, 1998, p. 261; Stratenwerth, 2005, § 9, N° 88; Walder, 1977, p. 137; Jescheck/Weigend, 1996, § 29 V 6 c; Kühl, 2000, § 13, N° 30 ss.; Jakobs, 1991, 8/80; Baumann/Weber/Mitsch, 2003, § 27, N° 1 b; Cramer/Steinberg-Lieben, en Schönke/Schröder, 2006, § 15, N° 57 ss.

280 Rudolphi, en SK, AT 1, § 16, N° 33; Jakobs, 1991, 8/80; Wessels/Beulke, 2001, N° 247 ss.

281 Cfr. Germann, 1943, p. 46; Hafter, 1946, p. 186; Noll, 1965, p. 5; Stratenwerth, 2005, § 9, N° 89; Welzel, 1969, p. 69 ss.; Kuhlen, 1987, p. 479 ss.

282 Noll, 1965, p. 5; Puppe, 1991, p. 1; Welzel, 1969, p. 70.

ellos, el dolo comprende el resultado típico sólo en sus aspectos generales. De modo que, en el ejemplo, el cambio de resultado no tiene ningún efecto respecto a éste: el agente quería causar la muerte de una persona (Juan) y ha producido la muerte de Rosa (resultado de igual valor que el querido y no realizado). El autor sería responsable, por lo tanto, de homicidio doloso. Este criterio es inconveniente en la medida en que contradice la situación real considerada y no tiene en cuenta que el segundo resultado ocasionalmente producido no era querido por el agente, ya que éste había, precisamente, decidido dañar otra persona.

1292 Mediante ambos criterios se llega a la misma conclusión sólo cuando se trata de resultados típicamente diferentes o, cuando siendo iguales, el primer resultado está cubierto por una causa de justificación. Así, quien trata de dañar un bien perteneciente a un tercero y, en su lugar, causa la muerte de una persona, responderá por tentativa de daños y además, según las circunstancias, por homicidio culposo. Lo mismo sucede con quien ejerciendo su derecho a la legítima defensa trata de lesionar al agresor, pero sólo logra golpear al compinche que lo acompaña. Aquí, sólo se plantea la cuestión de saber si el agente ha cometido o no lesiones por culpa.

1293 La discusión subsiste sin embargo para el caso en que se trata de objetos igualmente protegidos (dos personas). Respecto a esta situación, Roxin[283] plantea una solución mixta con referencia a las dos teorías antes mencionadas. En su opinión, debe tomarse en consideración el plan de acción del agente. Cuando se busca matar una persona y se causa la muerte de otra (cambio de resultado), el deceso de la segunda no es conforme al proyecto delictivo del autor, tanto en el nivel objetivo como subjetivo. Con respecto a la segunda persona, el agente ha creado un peligro de muerte para ella (imputación objetiva respecto al homicidio), dando así pié para que se pueda analizar si es responsable a título de culpa. Al mismo tiempo, no puede dejarse de considerar el fracaso de su plan de acción, al tratar de imputársele subjetivamente a título de dolo el primer resultado no producido. Sólo se puede hablar, entonces, de tentativa.

1294 No se presenta la *aberratio ictus* cuando el agente actúa con dolo eventual respecto al segundo resultado. Es el caso de quien dispara contra un grupo de personas con la intención de matar a una de ellas y, en razón de las circunstancias particulares en que obra, se representa como posible poder

[283] Roxin, 2006a, § 12 N° 149, N° 171 ss.

causar la muerte de otra. Si a pesar de este riesgo no renuncia a su acción y, por el contrario, asume o acepta que se produzca este posible resultado, no podrá alegar que no ha causado la muerte dolosamente.

Tampoco hay que considerar la *aberratio ictus* en el caso en el que el agente no busca causar la muerte de una persona determinada; por ejemplo, dispara con ánimo homicida contra una de las personas que transita en una calle concurrida y causa la muerte de otra. Este resultado constituye simplemente la realización de su plan de acción. 1295

6. *Dolus generalis*

Se ha tratado de resolver ciertos casos de desviación del curso recurriendo a una forma especial de dolo, denominada *dolus generalis*[284]. La diferencia entre el desarrollo de los hechos y el imaginado por el agente plantea problemas debido a que en el momento en que se produce el resultado, éste no tiene una idea correcta de lo que sucede. Por ejemplo, el autor cree haber matado a la víctima y arroja su "cadáver" al río para ocultar el cuerpo del delito y que no se descubra su crimen. La víctima, aún viva, muere en realidad por ahogamiento. 1296

De acuerdo con el criterio del *dolus generalis*, se considera que existe un sólo comportamiento doloso y que el segundo resultado está comprendido sin más en el dolo inicial. Para la ejecución del homicidio, por ejemplo, el art. 106 requeriría entonces como suficiente un dolo de matar global, general. Sin embargo, lo cierto es que el agente, por error, supone que la víctima está muerta y, en consecuencia, carece de la conciencia exigida en el momento de provocar la muerte. Por esto, el *dolus generalis* constituye sólo una ficción. 1297

Debido a que con frecuencia la desviación causal no es esencial, hay que admitir el dolo respecto a la segunda acción. Por el contrario, si la modificación del curso causal es relevante, el resultado final, cometido sin el debido conocimiento de la situación, no puede ser imputado al agente a título de dolo y, por lo tanto, éste sólo podrá ser hecho responsable de la tentativa del delito querido[285]. 1298

[284] Cfr. Kindhäuser, 2005, § 14, N° 37, § 27, N° 50.

[285] Cfr. Stratenwerth, 2005, § 9 N° 87.

1299 De todas maneras, debe rechazarse la idea según la cual los casos agrupados bajo la denominación *dolus generalis* suponen siempre, por un lado, una tentativa respecto a la primera acción y, por otro, delito culposo en cuanto a la segunda. Si es cierto que el dolo debe existir en el momento del acto, también es acertado afirmar que éste no necesita existir durante todo el desarrollo del suceso sino en el momento en que el agente desencadena el proceso causal. El primer acto es propio para causar el resultado (muerte en el ejemplo dado) y esto basta para que sea imputable subjetivamente a nivel del dolo, en la medida en que el resultado se presenta también como realización del plan del autor[286]. Esto acontece de manera bastante clara cuando el agente actúa pensando ya en la segunda posibilidad o si la considera probable y la acepta. En estas circunstancias, el dolo existe a pesar de la modificación de la relación de causalidad. La situación se simplifica si la segunda acción ha sido prevista como probable y mediante su ejecución, el agente se conforma con la producción del resultado representado (dolo eventual).

7. *Error in obiecto*

1300 El autor se equivoca sobre el objeto que quiere dañar o poner en peligro. Este error se presenta en relación con la calidad del objeto del delito o la identidad de la persona (*error in obiecto vel in persona*)[287]. Es el caso, por ejemplo, del agente que quiere matar al perro de su vecino (daños a la propiedad) y, en realidad, causa la muerte del hijo menor que se encontraba jugando en el recinto reservado al animal. Como no tiene conciencia de disparar contra una persona (objeto del delito de homicidio) no puede serle aplicado el art. 106 (homicidio simple); pero si el art. 111 que reprime el homicidio culposo por no haber tomado las precauciones necesarias para verificar sobre lo que realmente disparaba (culpa inconsciente). Además, hay concurso ideal con tentativa de daños a la propiedad ajena (fracasa en dañar el perro; es decir, la cosa ajena).

1301 Surgen dificultades sobre todo en los casos en que el objeto típico dañado, efectivamente, es de igual valor que el objeto típico considerado por el agente. Por ejemplo, el delincuente quiere matar al marido de su amante y, al ejecutar el acto causa la muerte de su vecino. En el momento de cometer

---

286 ROXIN, 2006a, § 12 N° 195 ss.; STRATENWERTH, 2005, § 9 N° 85 ss.; TRECHSEL/NOLL, 2004, p. 103; WALDER, 1979, p. 137 ss.; MAURACH/ZIPF, 1992, § 23 N° 34; JAKOBS, 1991, 8/78.

287 Cfr. BAUMANN/WEBER/MITCH, 2003, § 21 N° 11.

su acción sabe que ataca una persona (objeto del delito de homicidio, art. 106), pero se equivoca en cuanto a su identidad (*error in personam*). Si se considera que, al no haber causado la muerte de la persona escogida como víctima, el plan de acción decidido por el agente no ha sido ejecutado, debería concluirse que sólo ha cometido una tentativa respecto a ella y, tal vez, un homicidio culposo con relación a la persona muerta. Lo más acertado es considerar superfluo este error porque el objetivo que se representa el agente es privar de la vida a una persona, comportamiento prohibido sin tener en cuenta la identidad concreta de la víctima[288], y este resultado es logrado mediante su comportamiento peligroso no autorizado. Este es el complejo fáctico decisivo y no la diferencia que se da entre su representación y lo efectivamente realizado. Esta argumentación es válida aun cuando la substitución (p. ej. debida al azar) de la víctima escogida por un tercero se produzca sin que el agente que desencadena los hechos se encuentre presente. Así, la muerte causada a la mujer de la víctima prevista mediante una bomba colocada en el automóvil, debido a que fue ella la que lo utilizó en lugar de su marido como lo esperaba el asesino.

Sin embargo, dicha regla establecida debe ser aplicada teniendo en cuenta 1302
los casos concretos y la manera como debe interpretarse el tipo legal concernido. Tratándose de los delitos contra el honor, la persona (objeto del delito) no sufre un menoscabo material directo como en el caso, por ejemplo, de homicidio o lesiones corporales. Esto plantea la cuestión de saber si debe admitirse la misma solución y, por lo tanto, considerar irrelevante el error, cuando la persona que lee o escucha las expresiones injuriosas no es contra quien el agente las expresó. En este caso debería, en consecuencia, estimarse consumado el delito.

Esta solución nos parece inconveniente. Sería mejor considerar al nivel de 1303
la realización del tipo legal si, en el caso de los delitos contra el honor y como ya lo hemos señalado[289], la noción de resultado es o no la misma que la admitida en relación con los ataques contra bienes materiales. La injuria quedaría consumada sólo cuando la víctima recepciona y comprende las afirmaciones, alegaciones o gestos realizados por el agente. De modo que un tercero cualquiera no podría sentirse afectado por ese ataque muy personalizado. El agente sólo sería responsable de una tentativa de injuria. Esta solución también puede ser fundamentada afirmándose que, de acuerdo

288 Stratenwerth, 2005, § 9 N° 90 ss.; Roxin, 2006a, § 12 N° 194 ss.

289 Cfr. *supra* N° 1124 s., 1302 s.

con esos criterios normativos, el plan del agente no ha sido materializado y que, por lo tanto, no pueden serle imputados los efectos de la acción a título de dolo.

§ 12 Consentimiento (*excursus*)

I. Introducción. II. Legislación. III. Fundamento. IV. Exclusión de la tipicidad. V. Acuerdo y consentimiento. VI. Derechos irrenunciables de la persona. VII. Requisitos del consentimiento. 1. Disponibilidad del bien jurídico. 2. Capacidad para consentir. 3. Manifestación del consentimiento. 4. Momento del consentimiento. 5. Contenido del consentimiento. 6. Consentimiento libre. VIII. Consentimiento presunto

I. Introducción

Mediante el consentimiento, con frecuencia, se excluye la imposición de una pena aun cuando un comportamiento reúne los elementos objetivos y subjetivos de un tipo legal. Sin embargo, se discrepa sobre si se trata de una causa de atipicidad o de justificación. Cuando se admite esto último, se le califica, debido a que no está regulado en la ley, de causa de justificación supralegal. En los países donde no ha sido admitido como tal, sus condiciones han sido establecidas por la jurisprudencia y la doctrina. 1304

II. Legislación

Sin antecedentes en la legislación penal nacional, el consentimiento fue regulado expresamente en el art. 20, inc. 10. En el que se declara exento de responsabilidad a quien "actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición"[290]. En la exposición de motivos[291], se explica esta nueva disposición afirmándose que la "coincidencia de voluntades, entre el sujeto activo y el sujeto pasivo de un delito, no tiene penalmente el valor significativo que ostenta el acuerdo ajustado por las partes en el área del derecho privado. Sin embargo, considerándose que en el campo penal los intereses ofendidos no siempre son públicos, se admite, entre otras causas de exención de responsabilidad penal, el actuar con el consentimiento válido del titular del bien jurídico". 1305

En la legislación extranjera, el consentimiento es regulado de manera semejante al nuestro. En el CP italiano, art. 50[292] (consentimiento del titular 1306

---

290 ES del 25 de junio de 1997, Exp. N° 572-97, Ancash, en Rojas , 1999a, p. 144.

291 CP de 1991, p. 8.

292 Marinucci/Dolcini, 2006, p. 202 ss.; Fiandaca/Musco, 1989, p. 199 ss.; Pagliaro, 2000,

de un derecho), se establece: "que no es punible quien lesiona o pone en peligro un derecho, con el consentimiento de la persona que puede validamente disponer de éste". De modo parecido, se ha regulado también en el CP portugués, art. 31, inc. 2, lit. d. En el CP alemán (§ 228), se dispone, de manera limitada, que quien causa una lesión corporal con el consentimiento del lesionado, sólo actúa ilícitamente cuando el hecho, a pesar del consentimiento, es contrario a las buenas costumbres. En el art. 155 CP español[293] de 1995, se le prevé sólo como atenuante: "en los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá pena de uno o dos grados". Por el contrario, no ha sido previsto en el nuevo CP francés[294], ni en la nueva versión de la parte general del CP suizo.

III. Fundamentos

1307 La comprensión de la base y de los efectos del consentimiento depende de la concepción que se tenga sobre el derecho en general y, en particular, sobre el derecho penal. De modo que resultan decisivos los criterios de política criminal que se admitan. No es sólo una cuestión de técnica legislativa o de dogmática penal.

1308 Dichos criterios están en particular delimitados por la Constitución. En su art. 1, ésta prevé que "la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado". Esta declaración implica el reconocimiento de la primacía de la persona frente a la sociedad y al Estado. La misma jerarquía es admitida cuando, en armonía con la disposición citada, se establece, como principio general, en el art. I, que éste "tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad".

1309 La persona es así concebida como un agente moral autónomo para decidir y realizar sus actos y proyectos de vida. Por esto y por su simple condición de tal, se le reconocen, al lado de diversos derechos, otras facultades fundamentales. La protección de estos derechos es garantía para el desarrollo libre y pleno de la personalidad.

---

p. 422 ss.; MARINI, 1989, p. 71.

293 Cfr. MIR PUIG, 1998, p. 519; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2000, p. 391 ss.; CASAS BARQUERO, 1987, p. 30 ss.

294 PRADEL, 2003 N° 539; SALVAGE, 1991, p. 699 ss.

El contenido de los derechos, en particular de los fundamentales, está dirigido hacía los bienes jurídicos que el derecho penal protege. El ejercicio de un derecho implica, en consecuencia, la conservación o la disposición de un bien jurídico. La libertad del titular del derecho, por lo tanto, del bien jurídico concernido, supone que él es quien mejor sabe lo que le conviene y puede actuar en consecuencia. Un tercero, incluso el Estado, no puede limitar su libertad (autonomía moral) imponiéndole o prohibiéndole la realización de un acto, afirmando que es lo más beneficioso para sus intereses personales. En el art. 2, inc. 24, Const., se prevé esta libertad como derecho fundamental de toda persona. 1310

En la perspectiva de esta concepción liberal, se dispone en el art. IV -a título de principio general- que "la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley". De esta manera, como ya lo hemos señalado[295], se establece, por un lado, que la protección de éstos (por tanto de los derechos que los suponen) es la finalidad del derecho penal y, por otro, que su lesión o puesta en peligro es el fundamento de la represión de las acciones delictuosas. Resulta evidente, entonces, que la libertad del titular de los derechos o bienes jurídicos individuales condicione, en la práctica y en especial en el ámbito penal, la protección jurídica que reciban. Ésta puede ser influenciada, en cierta medida, por la decisión del titular. En consecuencia, se puede afirmar que su consentimiento respecto a la violación o puesta en peligro de uno de sus bienes jurídicos constituye la expresión de su libertad personal. 1311

La libertad de la persona, sin embargo, no es absoluta[296]. En ciertas circunstancias, la libertad de consentir es restringida mediante la ponderación de los intereses en conflicto. Así, es cuestión de saber hasta qué límites debe circunscribirse la libertad personal de disponer de un bien jurídico en favor de un interés ajeno. Por ejemplo, limitar la libertad de disponer de su integridad corporal en beneficio del interés de la comunidad de salvaguardar sus recursos humanos (art. 115 del CJMP, incapacitación voluntaria para el servicio). 1312

En principio, hay que admitir que la libertad y la dignidad de las personas sólo son respetadas en la medida en que las restricciones se hagan en relación con los actos de terceros y no con los del propio sujeto concernido. Así, no es lo mismo que alguien decida suicidarse a que un tercero le cause 1313

295 Ver *supra* N° 34 ss.

296 Stratenwerth, 2005, § 10 N° 6; Cfr. Baumann/Weber/Mitsch, 2003, § 17 N° 97.

la muerte a su pedido. En la segunda hipótesis, el consentimiento de la víctima no transforma el homicidio causado por el tercero en un hecho irrelevante para el derecho. Así mismo, una persona puede admitir que su libertad de movimiento sea restringida, pero es inadmisible el hecho de que se someta a un régimen de esclavitud. Estos ejemplos demuestran que resulta indispensable tener en cuenta la intangibilidad del núcleo esencial de los derechos humanos.

1314 Desde esta perspectiva, hay que afirmar que la libertad individual no debe ser obstaculizada de manera abusiva por la pretensión estatal de proteger a las personas, sin distinción alguna, contra todo daño de uno de sus bienes y aun en contra de su propia voluntad. El rechazo de este criterio paternalista supone, justamente, reconocer que la libertad personal constituye, en primer lugar, la base tanto del respeto de la dignidad de todo sujeto como una condición indispensable del desarrollo de su personalidad; y, en segundo lugar, uno de los fundamentos del Estado de Derecho regulado en la Constitución. Por lo tanto, el consentimiento no sólo conlleva la renuncia a la protección que el orden normativo brinda a los bienes jurídicos individuales, sino también a respetar la libertad personal. Ésta, en tanto que posibilidad de disponer de los mismos, se encuentra implícita en la idea de bien jurídico.

IV. Exclusión de la tipicidad

1315 De acuerdo con la concepción que venimos de exponer, estatuida en la Constitución, no basta percibir los bienes jurídicos sólo como cosas, relaciones o intereses valiosos, autónomos y anteriores a las reglas legales que los protegen por ser condiciones indispensables para el desarrollo del individuo dentro de la vida comunitaria. Con este fin es indispensable que se le garantice la libertad de disponer de los mismos conforme a sus aspiraciones y convicciones. En buena cuenta, el acto de disposición constituye una expresión del desenvolvimiento libre del portador del bien jurídico[297].

1316 La capacidad de disponibilidad del sujeto sobre sus bienes es ínsita a su noción. Así, el patrimonio no sólo es el conjunto de cosas o intereses económicos, sino también la facultad de disponer que sobre éstos tiene su titular. Del mismo modo, la salud o la integridad corporal son protegidas tanto en razón de su realidad somática o síquica como en consideración a que son

[297] Cfr. POLAINO-ORTS, 2003, p. 251; ROXIN, 2006a, § 13 N° 12; Cfr. BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 17 N° 93 ss.

la base de un ser libre, capaz de comprender y querer. Incluso la libertad de tránsito implica la presencia de una voluntad de desplazarse.

En consecuencia, la afectación de un bien jurídico supone el daño o puesta en peligro del objeto del delito (bien mueble o inmueble, en caso de daños a la propiedad; cuerpo humano, en relación con las lesiones) y la restricción de la voluntad del titular de disponer o conservar a éste concretado en el objeto del delito. 1317

De esto se deduce que si el dominio del titular sobre el bien jurídico no es violado, la agresión no es penalmente relevante. Esto significa que el acto no es típico[298] porque la lesión o la puesta en peligro del mismo (y no del objeto material del delito) no adquiere la relevancia penal de la lesión o del peligro considerado en el tipo legal, por no afectar el dominio de quien lo ejerce. Por ejemplo, cuando el propietario de un bien (mueble o inmueble) consiente que éste sea dañado o destruido no se realiza el tipo legal de daños (art. 205) porque el bien jurídico patrimonio, a pesar de que el objeto haya sido destruido, no ha sido atacado. La destrucción de la cosa, consentida por el propietario, constituye una manifestación del libre ejercicio de su capacidad de disposición. El objeto de disposición y la facultad de disponer libremente de él constituyen aspectos en simbiosis del bien jurídico[299]. 1318

En casos cotidianos como el corte de pelo por un peluquero, la puesta de una inyección por un enfermero, la poda de plantas por un jardinero, el consentimiento del titular de los bienes integridad corporal, salud y patrimonio, respectivamente, hace desaparecer tanto el valor negativo del resultado, como de la acción. Así, el agente no actúa con la intención de ocasionar un resultado perjudicial. Mediante su obrar satisface una manifestación de la personalidad del interesado. A la misma conclusión debe llegarse cuando se trata de situaciones diferentes a los comportamientos socialmente adecuados o neutros que venimos de señalar. Por ejemplo, destruir un bien valioso para satisfacer el deseo de una persona querida o hacerse tatuar el cuerpo. Aquí, lo decisivo es, también, el hecho de que el individuo concernido es el único competente para decidir lo que conviene a su bienestar. Admitir el criterio opuesto implicaría aceptar una concepción paternalista excesiva que haría del Estado el árbitro supremo de lo que conviene a la persona aún en contra de ella misma. 1319

---

298 Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2000, p. 477 ss.; cfr. Castillo González, 2009, II, p. 324 ss.; Velásquez, 2010, p. 407 ss.

299 Rudolphi, 1974, p. 87.

V. Acuerdo y consentimiento

1320 En este contexto, debe analizarse la distinción que se hace, en doctrina, entre el consentimiento (*Einwilligung*) y el acuerdo (*Einverständnis*). Según el criterio dominante, este último excluye la tipicidad[300], y es de aplicación en los supuestos en los que el tipo legal prevé la realización de una acción contra la voluntad de la víctima. En este caso, la voluntad sería de "orden natural" y no la que se requiere para que se dé el consentimiento. Por ejemplo, el hurto implica ruptura de la posesión; es decir, sustracción del bien mueble ajeno contra la voluntad de su propietario. Si un niño de siete años de edad con discernimiento, regala uno de sus bienes muebles o autoriza a un tercero para que se lo apropie no se realiza el tipo legal previsto en el art. 185. La violación de domicilio (art. 159) supone que el agente penetre o permanezca en casa ajena sin derecho, sin autorización del titular. Todos estos actos, debido al acuerdo del titular del bien jurídico, no son conformes a los tipos legales correspondientes porque el bien no ha sido perjudicado. Debido a que el titular está de acuerdo con la acción, ésta se convierte en "un proceso normal entre ciudadanos en el marco del orden social dado"[301].

1321 El consentimiento propiamente dicho, por el contrario y conforme a la concepción mayoritaria, concierne a los casos en los que el acuerdo del titular del bien jurídico no es un elemento del tipo legal y sólo sería una causa de justificación[302], si se dan todas las condiciones exigidas para que la manifestación de voluntad sea valida. Este criterio supone que el acto realizado es conforme al tipo legal: el agente inutiliza o destruye el bien mueble o inmueble (art. 205) o lesiona una persona (art. 121). El carácter ilícito de estos comportamientos es excluido por el consentimiento del interesado. De modo que obrar con la conformidad del afectado no constituye en este caso un proceso normal de la vida social, sino que se trata de un daño que, a pesar de ser bastante doloroso, el titular del bien jurídico, en uso de su libertad de disposición, está dispuesto a soportar por cualquier razón. El fundamento invocado, con frecuencia, es el derecho a la autodeterminación o a la libertad personal consagrada por la Constitución.

---

300 JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 34 I 1; GROPP, 1997, § 6 N° 59; KÜHL, 2000, § 9 N° 20 ss.; BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 17 N° 93 ss.; WELZEL, 1969, p. 95; BOCKELMANN/VOLK, 1987, p. 102; KINDHÄUSER, 2006, Vor § 13, N° 158 ss.; Cfr. SCHMIDHÄUSER, 1975, p. 269. Cfr. POLAINO-ORTS, 2003, p. 232;

301 HURTADO POZO, 2002, N° 258.

302 JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 34 I 3; GROPP, 1997, § 6 N° 57; KÜHL, 2000, § 9 N° 23; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, Vorbem §§ 32 ss. N° 33; OTTO, 1998, § 8 N° 127.

Se ha tratado, así mismo, de reforzar este criterio invocando la presencia de un conflicto entre la libertad de la persona a disponer de sus bienes y el interés de la comunidad en la conservación de los mismos. La lesión del bien jurídico estaría justificada, en estos casos, en la medida que estuviera comprendida por la libertad de su titular y concurrieran los presupuestos especiales para que el consentimiento fuera eficaz. Con esa propuesta se busca descartar la crítica que se hace a la concepción dominante, según la cual el consentimiento no puede ser catalogado entre las causas de justificación porque éstas suponen siempre un conflicto de intereses o la necesidad del comportamiento. 1322

La concepción mayoritaria es cuestionada[303] afirmándose que es muy difícil distinguir entre el acuerdo y el consentimiento. Por un lado, un sector de la doctrina niega de principio esta distinción y afirma que la autorización eficaz del titular del bien jurídico excluye siempre la tipicidad[304]. Por otro lado, algunos autores, admitiendo la posibilidad de diferenciar estas dos circunstancias, cuestionan que se les atribuya efectos diferentes. En su opinión, en ambos casos se excluye la tipicidad, pero los requisitos no son los mismos en las dos circunstancias, puesto que no es posible establecer criterios generales, sino que hay que tener en cuenta las particularidades del tipo legal concernido. 1323

Para comprender mejor la situación planteada, hay que tener en cuenta el hecho de que el criterio utilizado para distinguir el acuerdo del consentimiento es, en realidad, más de orden normativo que material, ya que depende de la manera cómo se interpreten los tipos legales. Consentimiento y acuerdo no son diferentes por "naturaleza"[305]. En el caso de violación de correspondencia (art. 161), por ejemplo, la autorización dada por el destinatario para que un tercero abra la carta puede ser considerada como causa de justificación porque éste ha realizado el tipo legal debido a que ha abierto un sobre que no le estaba dirigido. Pero también puede estimarse que se trata de un comportamiento no típico en razón a que el permiso otorgado por el titular del derecho convierte al tercero en destinatario y, en consecuencia, falta un elemento del tipo legal: "carta... que no le esté dirigida" (art. 161); lo que significa que el bien jurídico no ha sido lesionado. El caso del delito de lesiones corporales es un ejemplo muy claro de que la solución al problema 1324

303 Geerds, 1954, p. 262 ss.; idem, 1960, p. 42 ss.; Zipf, 1970, p. 28 ss.; Roxin, 2006a, § 13, N° 11 ss.; Kaufmann, 1983, p. 282; Jakobs, 1991, 7/111 ss.; Polaino-Orts, 2003, p. 250.

304 Günther, en SK, AT 1, Vor § 32, N° 64; Rudolphi, 1974, p. 87.

305 Polaino-Orts, 2003, p. 236 ss.

reside, sobretodo, en la interpretación del tipo legal respectivo. El hecho de negar que el consentimiento excluye la tipicidad, se explica en particular por la necesidad de suplir una deficiencia legislativa (la no incriminación del tratamiento médico no consentido como un delito específico contra la libertad individual) y conservar la protección brindada por las disposiciones que reprimen las lesiones al bien jurídico integridad corporal.

1325 Por último, como la interpretación depende de la redacción de los tipos legales y que ningún perjuicio haya sido causado al bien jurídico, no se justifica atribuir efectos penales diferentes al acuerdo y al consentimiento. Sería entonces preferible que el consentimiento también excluyera la tipicidad. En consecuencia sólo sería necesario diferenciar estas dos nociones en la medida en que se fijaran condiciones diferentes para cada una de ellas. Este es el caso, por ejemplo, cuando las exigencias relativas al acuerdo son menos estrictas (la capacidad natural del titular del bien jurídico es suficiente, el acuerdo dado por un niño es estimado válido)[306] que aquellas previstas para el consentimiento (condiciones de orden jurídico relativas a la capacidad).

1326 Es difícil e inconveniente, sin embargo, establecer condiciones distintas para el acuerdo y el consentimiento. En consideración de la importancia de la aceptación del titular del bien jurídico y, así mismo, el respeto a su libertad individual, no basta con generalizar las condiciones tradicionalmente utilizadas para el acuerdo. Por el contrario tampoco es correcto admitir sin más las exigencias estrictas del consentimiento. La determinación de las condiciones relativas a las dos circunstancias, y por lo tanto, a la exclusión de la tipicidad, supone tomar en cuenta tanto la naturaleza del bien jurídico atacado como el comportamiento del agente.

VI. Derechos irrenunciables de la persona

1327 Un obstáculo a la aceptación de la tesis del consentimiento como excluyente de la tipicidad parece ser la manera como han sido regulados los derechos de la persona en el Código Civil de 1984. Según su art. 5, los derechos inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión. Con el objeto de establecer una excepción respecto a la integridad corporal, se hace referencia a que "su ejercicio no puede sufrir limitaciones voluntarias". Las excepciones están previstas en el art. 6 que estable-

306 GROPP, 1997, § 6, N° 61; WESSEL/BEULKE, 2001, N° 367.

ce: "Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero, son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios". Sin embargo, ésta no es la única salvedad. Se reconoce también eficacia al "asentimiento" del interesado en relación con la revelación de la intimidad personal y familiar, el aprovechamiento de la imagen y la voz de la persona, la interceptación y la divulgación de la correspondencia (arts. 14, 15 y 16 del CC, respectivamente).

1328 Las dificultades de comprensión de las disposiciones citadas provienen, en gran parte, de la peculiar manera como han sido estructuradas. Primero, se establece la regla de que nadie puede renunciar a los derechos inherentes a su persona, ni cederlos a terceros. Luego, se estatuye una excepción respecto a los actos de disposición del propio cuerpo. Ésta es formulada mediante una prohibición: dichos actos no son permitidos si constituyen un grave atentado a la integridad física o si son contrarios al orden público o las buenas costumbres. *A contrario*, esto significa que los actos de disposición del propio cuerpo son permitidos si no constituyen una grave lesión a la integridad corporal o son conformes al orden público y a las buenas costumbres. Es decir, el derecho a la integridad corporal y a la salud, inherente a la persona, es un derecho al que se puede renunciar, del que se puede disponer, aunque de manera limitada. De modo que no se llega a ninguna conclusión definitiva sobre si el consentimiento tiene o no tiene el efecto de excluir la tipicidad.

1329 La deficiencia de la regulación del derecho civil reside en que parte de un presupuesto incorrecto por ser considerado absoluto. Los derechos inherentes a la persona no son inalienables o irrenunciables. Esta declaración contradice el principio constitucional básico de la prioridad de la persona sobre la sociedad y el Estado, así como el de la libertad personal como fundamento del Estado de derecho.

VII. Requisitos del consentimiento

1. Disponibilidad del bien jurídico

1330 De los fundamentos del consentimiento, se deduce con claridad que éste sólo concierne a los bienes jurídicos individuales; es decir, a los bienes re-

lativos a la misma persona de quien consiente[307]. Por lo tanto, la libertad de disposición está limitada por el carácter personal del bien jurídico en cuestión; pero, así mismo, tanto por la importancia de este mismo bien como por los principios fundamentales del orden jurídico, en particular el respeto a los derechos humanos.

1331 En el ámbito estrictamente penal, hay que tener en cuenta, también, la manera cómo el tipo legal ha sido elaborado. En consecuencia, un factor decisivo es el análisis específico de cada uno de éstos. Esto es más bien objeto del estudio de la parte especial.

1332 La discusión es intensa respecto a los tipos legales que protegen la vida. La elaboración de éstos tiene como punto de partida la ineficacia del consentimiento de la víctima[308]. Esto explica que se reprima al que, por piedad, mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente que ponga fin a sus dolores intolerables (art. 111). Esta solución se comprende si se considera, interpretando de un modo restrictivo la Constitución, que el derecho a la vida es tan importante que debe ser protegido aun contra el propio interesado.

1333 Respecto al delito de lesiones no se prevé disposición alguna que señale, aun implícitamente, un criterio referente al consentimiento. Como toda conducta punible, este delito supone más bien que sea cometida contra la voluntad de la víctima. De acuerdo con lo señalado con anterioridad, resulta necesario referirse al Código Civil y, en especial, a su art. 6. La constitucionalidad de las fórmulas utilizadas en esta disposición es dudosa porque su vaguedad puede dar lugar a una restricción abusiva de la libertad personal, base del Estado de derecho. Sin embargo, cierta limitación de la libertad es comprensible en la medida en que no se garantiza de manera absoluta su disfrute, sino dentro de los límites fijados en la Constitución y, en particular, en relación con el respeto a los derechos ajenos. Los criterios de orden público y de buenas costumbres a los que alude el art. 6 del CC, deben ser comprendidos en este contexto. Así, un acto de disposición del propio cuerpo contrario a las buenas costumbres no significa simplemente

---

307 Stratenwerth, 2005, § 10 N° 13; Grave/Sträuli, 1995, p. 151; Logoz/Sandoz, 1976, art. 32 N° 5 c; Schwander, 1966, N° 173; Schultz, 1982b I, p. 167; Hafter, 1946, p. 170; Rehberg/Donatsch, 2001, p. 149; Trechsel/Noll, 2004, p. 140 ss.; ATF 100 IV 159; Roxin, 2006a, § 13 N° 33; Jescheck/Weigend, 1996, § 34 III 5; Lenckner, en Schönke/Schröder, 2006, Vorbem §§ 32 ss. N° 33; Geerds, 1960, p. 42; Hirsch, en LK vor § 32 N° 104; Baumann/Weber/Mitsch, 2003, § 17 N° 99.

308 Günther, en SK, AT 1, Vor § 32 N° 40; Roxin, 2006a, § 13 N° 37.

que sea inmoral; sino que supone reprobación legislativa y el menoscabo de bienes jurídicos de los que no puede disponer el titular[309]. Además, hay que considerar que la donación de partes del cuerpo o de órganos o tejidos que se regeneran está autorizada (art. 7 del CC, *a contrario*) y tratándose de aquellos que no se regeneran sólo si no "perjudican gravemente la salud" o no reducen "sensiblemente el tiempo de vida del donante" (art. 7 del CC). En este ámbito, es necesario tener en cuenta, además, que el carácter contrario al orden público o a las buenas costumbres se refiere al hecho cometido y no al consentimiento. Éste último puede estar inspirado por motivos inmorales, pero ello no implica que sea ineficaz.

En cuanto al tratamiento médico[310], gran parte de la doctrina ha afirmado 1334
que el galeno, a pesar de que su régimen afecta el cuerpo o la salud del paciente, no lo maltrata (*misshandeln*) sino que lo somete a un procedimiento curativo (*handeln*). En países como Alemania y Suiza, la jurisprudencia estima que la intervención del médico es típica y que sólo el consentimiento del paciente excluye la represión porque así lo justifica el proceso. Saber si la lesión causada sin consentimiento del interesado es conforme al tipo legal del delito de lesión corporal no depende de la manera cómo se conciba éste. Es más bien una cuestión de política criminal: mientras no exista una disposición que reprima dicho comportamiento como un delito específico contra la libertad individual, subsiste un interés innegable de proteger la libertad de disponibilidad de este bien mediante la norma que reprime el delito de lesiones corporales. En el CP austriaco (§ 110 inc. 1)[311], por ejemplo, se ha previsto dicha infracción contra la libertad individual de la manera siguiente: "Quien, aún de acuerdo con las reglas de la ciencia médica, somete a tratamiento médico a una persona sin su consentimiento será castigado...".

Por el contrario, cuando el tipo legal sólo protege un bien jurídico colec- 1335
tivo, es evidente que el consentimiento de una persona particular no tiene ningún efecto sobre la tipicidad del acto[312]. Por ejemplo, cuando se ataca el bien jurídico seguridad pública creando un peligro común para las personas o para los bienes mediante incendio, explosión o liberando cualquier

309 Roxin, 2006a, § 13 N° 39.

310 Stratenwerth, 2005, § 10, N° 18; Noll, 1955; p. 91; Hurtado Pozo, 2002, N° 394 ss.

311 Leukauf/Steiniger, N° 1 ss.

312 Exp. N° 31-L-1-98 Puno, en SerJur 3, p. 277. Cfr. Gropp, 1997, § 6 N° 39; Günther, en SK, AT 1, Vor 32 N° 40; Roxin, 2006a, § 13 N° 33 ss.

clase de energía (art. 273). El consentimiento de la o de las personas expuestas realmente a peligro no excluye la tipicidad del incendio provocado. El orden jurídico busca proteger a las personas o sus bienes de manera indeterminada (peligro común). Lo mismo acontece en relación con el art. 286 que reprime al que "envenena, contamina o adultera aguas o sustancias alimenticias o medicinales destinadas al consumo"; y esto aun cuando se dé la agravante, por ejemplo, de haber resultado una persona lesionada gravemente. El consentimiento de esta víctima es irrelevante porque el bien jurídico protegido es la salud pública y este no es un bien jurídico individual respecto al cual tenga libre disposición.

1336 El mismo criterio debe aplicarse en relación con los delitos contra la administración pública a pesar de que una persona sea la directamente perjudicada por el comportamiento. Así, por ejemplo, el delito previsto en el art. 376. Según esta disposición, se reprime al funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena, en perjuicio de alguien, un acto arbitrario cualquiera. Además del bien jurídico protegido, es necesario tomar en consideración que el mismo legislador declara implícitamente inválido el consentimiento de la persona objeto del delito. Esta se encuentra en un estado de inferioridad, de desamparo respecto al funcionario (policía, juez). Un razonamiento semejante debe hacerse con relación a los tipos legales en los que se prevé una intervención de la víctima y se le protege de manera especial. Es el caso, por ejemplo, de los delitos sexuales en que la víctima es un menor de catorce años (art. 173), una persona en situación de dependencia o vigilancia o que se halle detenida, recluida o internada (art. 174).

1337 Un caso particular, conforme a una parte de la doctrina, sería el de las cláusulas de autorización administrativa en delitos en los que se protegen bienes jurídicos colectivos. Mediante dichas cláusulas, puede comprenderse que el Estado, por intermedio de la administración pública, consiente que se cometan ciertos actos que comprometen algún bien jurídico de la comunidad. Para autorizar éstos se deben tener en cuenta diversos criterios, como la utilidad social y la preservación de los mismos bienes. Tal sería el caso, por ejemplo, del delito contra los bienes culturales previsto en el art. 226, en el que se reprime la explotación, excavación o remoción de yacimientos arqueológicos prehispánicos no autorizadas por la autoridad competente. En consecuencia, la realización de uno de esos actos con la autorización respectiva, no es comprendido por ese tipo legal.

2. Capacidad para consentir

El consentimiento es eficaz, sólo si quien lo expresa es una persona capaz[313]. Aun cuando este requisito es admitido unánimemente, las opiniones divergen en razón a la diversidad de maneras cómo es concebido y si se acepta o no distinguirlo del acuerdo. En la perspectiva que hemos adoptado, en la medida en que se admita que no hay que practicar esta distinción y se considere que el elemento de la teoría del delito que queda excluido con el mismo es la tipicidad, es conveniente considerar que la capacidad de comprensión debe ser apreciada de acuerdo con el carácter específico de cada tipo legal. 1338

En la mayor parte de los casos, no es necesario que se tenga la capacidad de comprensión que permita darse cuenta de la acción y del resultado que se consiente en el sentido que requiere un acto jurídico. En el caso, por ejemplo, del delito de apropiación ilícita (art. 190, inc. 2) no basta que el menor se de cuenta que su tutor comete la acción perjudicial en contra de su patrimonio. Dicha acción, por lo tanto, será típica. El consentimiento dado no es jurídicamente válido para ampliar el poder del gestor de negocios. Hay que considerar más bien, como ya lo hemos dicho, que se trata de la manifestación del derecho a la libertad de obrar, la misma que sólo está limitada por las normas constitucionales y, en particular, por el respeto de los derechos ajenos. No es cuestión, en consecuencia, de la capacidad de conformidad con el derecho civil; pero tampoco de la simple voluntad natural que toda persona posee. 1339

El titular del bien jurídico debe poder darse cuenta, en concreto, de los alcances de la acción que afectará a uno de sus bienes jurídicos y debe poder apreciarla debidamente de acuerdo con sus intereses. Esta capacidad es admitida, por lo general, respecto a las personas adultas imputables con relación al caso particular. En este sentido, hay que admitir que carecen de esta capacidad las personas que padecen trastornos mentales o de conciencia graves. Debido a esta incapacidad, el consentimiento dado, por ejemplo, para una intervención médica sería ineficaz. 1340

Tratándose de menores, la manifestación de voluntad es válida en la medida en que, respecto al caso concreto, tengan el discernimiento suficiente para apreciar los alcances de su autorización. Este nivel de capacidad es 1341

[313] Stratenwerth, 2005, § 10, N° 21; Jakobs, 1991, 7/114.

necesario, sobre todo, en relación con los tipos legales de cierta complejidad. Por ejemplo, el consentimiento de un menor de diecisiete años de edad puede excluir el tipo legal de estafa (art. 196); pero no así el expresado por un niño de siete años. La evidente contradicción del consentimiento con el simple sentido común puede constituir un indicio sobre la falta de discernimiento.

1342 Las exigencias son menores tratándose de tipos legales en los que la protección penal se encuentra limitada, sobre todo, por la libertad o voluntad del titular del bien jurídico. En caso de hurto, por ejemplo, un factor decisivo es la ruptura de la posesión y ésta supone el simple querer poseer la cosa mueble (sabiendo dónde se encuentra). Quien se apodera de una cosa que le entrega voluntariamente un niño capaz de discernir no realiza este tipo legal, pues, no la sustrae (ruptura de posesión). Según las circunstancias, podría ser considerado como autor de una apropiación ilícita. El mismo criterio hay que aplicar, con respecto a la violación de domicilio, a quien penetra en una casa porque se lo permite el titular que es un enfermo mental. El discernimiento que tienen estas personas, respecto al caso concreto, es suficiente. Este criterio es confirmado por lo dispuesto en el art. 1358 del CC. Según esta disposición: "Los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria". Por el contrario, cuando la incapacidad de la víctima es un elemento constitutivo del tipo legal, el consentimiento de ésta no puede ser considerado eficaz para excluir la tipicidad (p. ej., los actos de orden sexual contra niños o incapaces). Lo contrario daría lugar a que el autor, so pretexto del consentimiento de la víctima, puede conseguir por esa vía lo que con arreglo a derecho le es imposible alcanzar. Con razón, la misma ley presume que estas personas no son capaces de disponer de su bien integridad o libertad sexuales; incapacidad que origina, precisamente, la protección penal (art. 173, "menor de catorce años de edad").

1343 En caso de incapaces, en el sentido antes indicado, el representante legal debe dar el consentimiento; por ejemplo, los padres en relación con sus hijos o los curadores respecto a sus pupilos. La mayoría de veces, el contexto en el que debe darse, es el mismo que el del estado de necesidad; de modo que si el representante legal se niega a dar el consentimiento para proteger los bienes de su representado, la intervención, por ejemplo del médico tratante, estará amparada por dicha circunstancia. No es una cuestión de conflicto de intereses, puesto que, qué mayor interés puede tener el representante, sino es precisamente la de fomentar una mejor posición jurídica

de los derechos de su representado, en este caso, del menor incapaz. Una cuestión bastante delicada es la de las decisiones de tipo existencial, como la referente a la donación de un órgano. Si la persona concernida por la extracción del mismo, tiene la capacidad concreta de comprender y apreciar la situación y sus efectos, ella sola puede consentir. Cuando se trata de un incapaz, su decisión no puede ser substituida por la de su representante legal. Por respeto a la dignidad de la persona, no debe realizarse la intervención.

3. Manifestación del consentimiento

1344 La voluntad de autorizar la intervención del sujeto activo de la acción perjudicial puede ser exteriorizada por cualquier medio o mediante actos concluyentes. En la primera hipótesis, el titular puede hacerlo oralmente o por escrito; pero como se trata de una manifestación unilateral de la libertad personal, a diferencia de lo manifestado en la exposición de motivos del Código[314], no es indispensable que revista la forma de un acto jurídico conforme al derecho civil, ni que sea directamente dirigida al agente[315]. Si éste desconoce, por ejemplo, que el propietario ha expresado su deseo de que la cosa sea destruida, no consumará el tipo legal de daños a la propiedad (art. 205) porque el resultado no puede ser valorado negativamente. Sólo habría cometido un delito imposible no penado.

1345 En ciertos casos, sin embargo, es indispensable por mandato legal que el consentimiento sea manifestado con una formalidad determinada. Por ejemplo, en el caso de transplantes de órganos, el donante debe consentir expresamente la extracción del órgano que será transplantado en otra persona (art. 7, inc. b, de la Ley N° 23415).

1346 La manifestación del consentimiento mediante actos concluyentes consiste, por ejemplo, en tomar asiento en un vehículo sabiendo que será conducido por un conductor ebrio. De esta manera, se acepta mediante este proceder tajante correr el riesgo de sufrir un perjuicio en su integridad corporal.

1347 Al contrario, es insuficiente la anuencia interna, diferente a la hipótesis del denominado consentimiento presunto[316]. Esa voluntad sería difícil de

---

314 En la que de modo ambiguo se dice "La coincidencia de voluntades, entre el sujeto activo y el sujeto pasivo de un delito...", CP de 1991, p. 8.

315 Gropp, 1997, § 6 N° 47;

316 Cfr. *infra* N° 1358 ss.

constatar, en la medida en que permanece en el fuero interno de la persona concernida. Admitir esta aceptación o autorización no manifestada exteriormente implica graves riesgos de hacer depender la eficacia del consentimiento de suposiciones vagas. En caso de violación de la libertad sexual, a falta de pruebas concluyentes sobre la negativa de la víctima, podría concluirse admitiendo su querer "profundo", íntimo. La seguridad jurídica y la protección de los bienes jurídicos requieren que el consentimiento sea expresado de manera clara por cualquier medio, pero de forma positiva. La simple actitud pasiva de la víctima es insuficiente.

4. Momento del consentimiento

1348 La injerencia en los bienes jurídicos ajenos sólo puede ser autorizada por el titular del bien jurídico antes de que el autor intervenga. Quien manifiesta su consentimiento mantiene en su poder, debido a que se trata de un acto unilateral, la facultad de renunciar a su primera decisión. El destinatario de esta decisión no tiene, en consecuencia, ningún derecho adquirido sobre la autorización, ni puede pretender oponerse a su revocación. Además, el titular del bien jurídico puede otorgar su consentimiento bajo ciertas condiciones, las que deben ser realizadas por el autorizado antes de obrar. El titular del bien jurídico puede exteriorizar su cambio de voluntad, hasta antes de concluida la acción perjudicial.

1349 No es admisible un consentimiento *a posteriori*. Si el perjudicado manifiesta su conformidad con lo sucedido, no hace sino perdonar al agente por lo que ha realizado. Este hecho no excluye la tipicidad, pues la acción ya ha sido cometida. Es una circunstancia que, a lo más, puede ser considerada en el momento de la individualización de la sanción penal.

5. Contenido del consentimiento

1350 El titular del bien jurídico debe expresar su conformidad respecto a la intervención del tercero sobre la base de una información suficiente y exacta sobre los alcances de ésta[317]. Así, él debe tener pleno conocimiento de la naturaleza de la acción consentida, de los peligros que conlleva, así como de los efectos que producirá. Esto implica que sea consciente de la situación en la que se encuentra y que, llegado el caso, quien interviene (p. ej., un médico) le haya proporcionado en forma correcta la información nece-

[317] STRATENWERTH, 2005, § 10 N° 22; GRAVE/STRÄULI, 1995, p. 155;

saria. Sólo en estas circunstancias, se podrá considerar el consentimiento como el ejercicio concreto de la libertad de obrar, como la manifestación de la autonomía personal del titular del bien jurídico[318]. El consentimiento general, como el proporcionado por el paciente cuando firma el formulario de internamiento en un hospital, no basta respecto a los actos médicos particulares a los que podría ser sometido.

El consentimiento no será válido si el titular del bien jurídico lo ha expresado bajo la influencia de un error. No se trata de cualquier error y tampoco debe ser comprendido en el sentido de los vicios de la voluntad referidos a un acto jurídico de orden civil. Lo decisivo es que la representación equivocada con que actúa el titular del bien jurídico haga que no tenga plena conciencia de los alcances de su renuncia a la protección del mismo. De modo que esta renuncia no puede ser considerada como la expresión de su libertad de obrar. Si hubiera tenido conocimiento pleno, no hubiera dado su consentimiento. 1351

El problema es saber si todo error puede viciar el consentimiento. Tradicionalmente, se admite que el error siempre lo hace ineficaz, pero la dificultad reside en determinar qué errores deben tenerse en cuenta. Para superar estos inconvenientes, se ha propuesto que sólo se tengan en consideración los errores relativos a los alcances o al peligro de renunciar a la protección del bien jurídico. Por ejemplo, cuando el error concierne a la gravedad de la intervención quirúrgica a la que se será sometido. Por lo tanto, es ineficaz el consentimiento dado por el paciente, a quien el médico engaña[319] diciéndole que le extraerá un fragmento de tejido intestinal con el fin de realizar una biopsia, cuando le será practicada, en realidad, una intervención más grave. Por el contrario, el error sobre otras circunstancias que motivan el consentimiento no debe ser tenido en cuenta. Así, cuando quien consiente es defraudado respecto a la promesa pecuniaria que se le hizo para obtener su aprobación. En consecuencia, el error referente a este tipo de motivos, a pesar de que también impulsa a consentir, no tiene el mismo efecto. Si el paciente fue debida y correctamente informado, por ejemplo, de la extracción de un fragmento de tejido con fines científicos, su consentimiento es eficaz a pesar de que no reciba la compensación pecuniaria que se le prometió. Esta promesa no concierne directamente el bien jurídico integridad corporal. 1352

318 Roxin, 2006a, § 13 N° 42; Wessel/Beulke, 2001, N° 375; Jescheck/Weigend, 1996, § 34 IV 2; Jakobs, 1991, 7/114.

319 Stratenwerth, 2005, § 10 N° 22; Noll, 1955, p. 129 ss.; Gropp, 1997, § 6B N° 43 ss.; Roxin, 2006a, § 13 N° 72 ss.

1353 De la misma manera hay que considerar el caso en que el paciente es engañado en cuanto a las calificaciones profesionales del galeno, si se trata de intervenciones de poca importancia. Por ejemplo, el enfermo autoriza que le aplique una inyección a quien considera que es un médico, cuando en realidad se trata de un veterinario. En este caso, el bien jurídico salud no corre un peligro mayor que el que hubiera corrido en caso de que un médico hubiere practicado la inyección. Por el contrario, su error viciará su consentimiento si quien aplica la inyección le hace creer, con el fin de perjudicarle, que es urgente hacerlo afirmando que el malestar que siente es grave. En esta última circunstancia, la aceptación de la intervención no constituye normativamente la manifestación de su libertad de accionar porque el error está estrechamente vinculado con la protección del bien jurídico.

1354 En los tipos legales en los que el uso de la coacción es previsto como elemento constitutivo del comportamiento delictuoso, el consentimiento obtenido mediante engaño no es suficiente para la realización de éstos. Así, por ejemplo, en caso de violación sexual (art. 170), el delincuente debe someter a la víctima con violencia o grave amenaza. El hecho de que la víctima ceda ante la coacción del delincuente no significa que consienta. Su actitud pasiva, condicionada por la agresión violenta, es muchas veces la sola vía que tiene la víctima para evitar daños más graves (ser lesionada o muerta). Si el acuerdo para mantener relaciones sexuales es obtenido mediante falsas promesas de matrimonio, la mujer engañada no ha sido violada; pero podría darse, según las circunstancias, el delito previsto en el art. 175 (practicar el acto sexual o el acto análogo, mediante engaño, con una persona de catorce años y menor de dieciocho).

1355 Estos casos de error provocado por engaño deben ser distinguidos de los errores en que incurre el mismo consintiente. Si éste es el caso, el consentimiento es válido[320]. Habiendo manifestado su voluntad en libertad, su consentimiento debe ser apreciado de modo objetivo. Por lo tanto, quien obra conforme a esta manifestación de voluntad no está obligado a controlar si proviene o no de un error de la persona que consintió. Por ejemplo, cuando el destinatario de la correspondencia autoriza por error a su secretaria para que abra sus cartas personales, ésta no comete ninguna violación del secreto de las comunicaciones (art. 161).

---

320 Lenckner, en Schönke/Schröder, 2006, Vorbem §§ 32 ss. N° 46; Roxin, 2006a, § 13 N° 79; Jakobs, 1991, 7/116.

Todos estos esfuerzos realizados para determinar los efectos de los vicios 1356
que pueden afectar el consentimiento, dada la complejidad de las situaciones que se presentan, llevan a admitir que no es posible aplicar un sólo criterio general, se trata más bien de determinar si éste constituye la expresión personal, autónoma y libre del titular del bien jurídico[321].

6. Consentimiento libre

El consentimiento implica la manifestación de la voluntad real del titular 1357
del bien jurídico. La misma que constituye la expresión de la libertad de acción. No debe ser obtenido mediante engaño o coacción[322]. El engaño debe viciar la voluntad manifestada de modo que ésta no constituya la expresión de la libertad de actuar de la víctima. La amenaza o violencia debe ser de tal intensidad que sea propia para doblegar la resistencia del titular del bien jurídico. Sin embargo, no es necesario que la situación creada sea semejante a la del estado de necesidad[323]. Imponer al titular del domicilio, mediante una amenaza seria, que deje entrar en su casa a quien lo amenaza, es actuar conforme al tipo legal de coacción.

VIII. Consentimiento presunto

En algunas ocasiones, según el orden jurídico, se presume que el intere- 1358
sado ha consentido que se le perjudique en uno de sus bienes o intereses. Se trata de una apreciación normativa sobre cuál hubiera sido el sentido de su voluntad, si hubiera podido pronunciarse respecto al daño que iba a sufrir. Como es imposible saber lo que en verdad quería, se presume, según las circunstancias, si habría o no dado su autorización para que se realice la acción perjudicial. Por lo tanto, no se puede hablar de expresión de la libertad de actuar, pues, el interesado no está, previamente, en situación de ejercerla. En este punto radica la diferencia entre el consentimiento presunto y el consentimiento propiamente dicho. Así mismo, permite afirmar que mientras el consentimiento es una causa de atipicidad, el consentimiento presunto es una causa de justificación[324].

---

321 Roxin, 2006a, § 13 N° 68, 71; Jescheck/Weigend, 1996, § 34 IV 5; Jakobs, 1991, 7/121; Kühl, 2000, § 9 N° 37; Lenckner, en Schönke/Schröder, 2006, Vorbem §§ 32 ss. N° 47.

322 Grave/Sträuli, 1995, p. 154; Stratenwerth, 2005, § 10, N° 22; Noll, 1955, p.129 ss.; Trechsel/Noll, 2004, p. 143; Gropp, 1997, § 6B N° 43 ss.; Roxin, 2006a, § 13 N° 72 ss.

323 Cfr. *infra* N° 1464 ss.

324 Roxin, 2006a, § 18 N° 3.

1359 Se destacan dos hipótesis del consentimiento presunto. La primera está referida al caso en que quien presume el consentimiento actúa en interés propio. Por ejemplo, quien para trasladarse hacia su centro de trabajo toma prestado el automóvil de su vecino ausente. En la segunda hipótesis, se actúa en interés del presunto consintiente. Ejemplos típicos son la intervención quirúrgica practicada por un médico en la persona de un accidentado que es conducido en estado inconsciente al hospital[325]; el hecho de penetrar en la casa del vecino para introducir los muebles que, al partir de viaje, olvidó en la terraza y evitar que sean dañados por la lluvia; o el abrir una carta dirigida al compañero de habitación, en vacaciones en el extranjero, para evitarle un perjuicio.

1360 En casos de esta índole, cuando se presenten las condiciones previstas en el art. 20, inc. 4, el comportamiento será justificado por tratarse de un estado de necesidad. De no ser así, se plantea la cuestión de determinar qué efectos deben reconocerse al consentimiento presunto. La respuesta depende tanto de si se actúa o no en interés propio y de si existen elementos concretos que permitan precisar con cierta seguridad cuál habría sido la voluntad de la persona perjudicada.

1361 En caso de actuación en interés propio, dado que el titular del bien jurídico sólo puede ser perjudicado y sin compensación alguna, el consentimiento presunto no debe ser admitido salvo que se den las circunstancias determinantes para tener la convicción de que la víctima hubiera consentido en el caso concreto. El acto cometido es en consecuencia ilícito, salvo que se trate de un estado de necesidad.

1362 Cuando se actúa en interés ajeno, en la medida en que no se trata de ponderar de manera objetiva intereses en conflicto, no es posible considerarlo como estado de necesidad. Esta ponderación sólo sirve como elemento que permita presumir, con mayor fortuna, la posible voluntad que el titular del bien jurídico hubiera manifestado en la situación concreta. En el ejemplo de la intervención quirúrgica sobre el accidentado inconsciente, el factor decisivo no es el conflicto entre el bien integridad corporal y el bien libertad individual (dañado por la acción del médico), sino más bien la presunción de la voluntad de sobrevivir del paciente. Circunstancia que permite justificar la intervención del galeno, quien evita la creación de una situación irreversible. Respecto al hecho de abrir la correspondencia del amigo ausente, hay que reconocer que el conflicto de bienes jurídicos es

[325] Cfr. Villa Stein, 2008, p. 373.

más impreciso, ya que no está claro qué perjuicios y de qué importancia serían evitados. A falta de elementos claros y determinantes para precisar cuál hubiera sido la voluntad del perjudicado, no debería admitirse el consentimiento presunto. En cuanto a evitar que los muebles sean dañados el consentimiento presunto será admitido porque el agente actúa en beneficio del interés objetivamente más importante, salvo que existan elementos de los cuales se deduzca que el titular del bien jurídico no habría dado su autorización. En caso de que los bienes en cuestión fueran personales indisponibles, se trata de un estado de necesidad.

A diferencia de las circunstancias precisas de peligro y ponderación de intereses, propias al estado de necesidad, el consentimiento presunto consiste en una apreciación hipotética por cuya virtud se afirma que el titular del bien jurídico, encontrándose en la situación de hecho concreta, hubiera decidido personalmente autorizar la ejecución de la acción. 1363

El consentimiento presunto no debe ser tampoco confundido con la gestión de negocios sin mandato del derecho civil. Esta institución exige, además de la voluntad presumida del titular del bien jurídico, que el interventor obre en el interés objetivo del afectado. La cuestión radica, por un lado, en la dificultad para determinar cuál es el interés preferido de la persona concernida y, por el otro, en que la consideración de este interés significa establecer mayores exigencias que respecto al consentimiento propiamente dicho. Como ya lo hemos visto[326], el consentimiento es eficaz aun cuando la autorización dada por el titular del bien jurídico pueda ser considerada como incorrecta o insensata (dejarse amputar el dedo meñique para defraudar al seguro). En ambos casos, lo determinante es la referencia a la voluntad real o presunta. Esta cuestión no debe ser, sin embargo, sobre valorada porque, en la realidad, la voluntad es presumida generalmente cuando se tiene en cuenta el interés preponderante del titular del bien jurídico. Sólo en casos excepcionales estos dos factores no coinciden. 1364

Teniendo en cuenta los principios constitucionales referentes a la dignidad de la persona y a su autonomía, no debe adoptarse una actitud paternalista al determinar la presumible voluntad del individuo concernido. No se trata, por lo tanto, de precisar qué es lo mejor para él; sino qué es lo que hubiera querido, aun cuando fuera algo no razonable. Este factor es un elemento común al consentimiento expreso y al presunto. Por eso, el consentimiento 1365

[326] Ver *infra* N° 1464.

no puede ser descalificado invocando una apreciación objetiva que afirme que es contrario a los intereses del correspondiente sujeto.

1366 En razón de los riesgos que implica el consentimiento presunto, hay que exigir que el juicio de probabilidad sobre su existenciasólo pueda ser alegado cuando es imposible solicitar la opinión del interesado. En los ejemplos antes citados, esto se debe a que está ausente o al estado de inconsciencia en que se encuentra. Antes de actuar, el tercero debe indagar sobre la voluntad de la persona que va ser afectada. Este no es el caso cuando la voluntad ha sido expresada de manera tácita; por ejemplo, el propietario que, como de costumbre, deja abierta la puerta del jardín para que, en su ausencia, el jardinero pode y riegue las plantas. Éste, al ingresar en esas condiciones, no realiza el tipo legal de la violación de domicilio porque aquel lo ha consentido mediante un acto concluyente. Este acto no es sino la consecuencia de una decisión tomada y expresada inicialmente por el titular del bien jurídico.

1367 Dada la especificidad y las implicaciones del consentimiento presunto, su efecto depende, además de las circunstancias referentes al consentimiento expreso, de las propias al caso concreto. En el caso del tratamiento a que es sometido un herido que se encuentra inconsciente (intervención que no puede ser postergada con la esperanza de poder obtener el consentimiento), la decisión del médico de intervenir supone la misma supervivencia del paciente. En consecuencia, debe tener muy en cuenta que el ser humano instintivamente busca aferrarse a la vida y que, por lo tanto, ante el riesgo de error resulta bastante difícil presumir que su voluntad sea la de morir. En buena medida, salvándolo se le da la ocasión de decidir conscientemente sobre su destino.

1368 Este mismo criterio, aunque atenuado debido a que los bienes afectados son menos importantes, debe tenerse en cuenta respecto al caso de abrir la correspondencia del amigo o superior ausentes. La presunción debe admitirse cuando existan elementos personales y materiales que razonablemente permitan suponer que el titular del bien jurídico estaría de acuerdo con la intromisión. Esta situación se presenta, por ejemplo, cuando el interesado, en oportunidades anteriores, ha autorizado al tercero para que proceda de esa manera, pero omite dar la contraorden cuando tiene interés en que no se conozca el contenido de las cartas que espera lleguen durante su ausencia.

Lo determinante es el contexto objetivo en que tenga lugar la intromisión. 1369
Es el caso de quien entra en la casa de su vecino para poner a salvo los muebles olvidados en la terraza. El factor decisivo es, el interés preponderante, determinado mediante una ponderación objetiva[327]. En principio, hay que admitir que el propietario estará satisfecho de que sus muebles no se hayan deteriorado. Esta solución supone que el autor del acto no haya tenido noticias de que éste fuera de opinión diferente. La acción de quien interviene entonces resulta justificada por el consentimiento presunto, sólo en la medida que su acto se oriente en el sentido probable de la voluntad que el titular del bien jurídico hubiera manifestado en la situación concreta.

[327] Cfr. JAKOBS, 1991, 15/17.

§ 13 Antijuricidad

I. Antijuricidad e ilicitud. II. Antijuricidad formal y material. III. Carácter objetivo de la antijuricidad. IV. Causas de justificación. V. Elementos subjetivos de las causas de justificación. VI Legítima defensa. 1. Introducción. 2. Regulación legislativa. 3. La agresión. a. Carácter ilícito de la agresión. b. Agresión inminente, actual o presente. c. Bienes jurídicos protegidos. 4. Defensa. a. Necesidad de la defensa. b. Racionalidad de la defensa. b.1. En general. b.2. Sistema alemán. b.3. Dos casos particulares. c. Jurisprudencia. 5. Falta de provocación suficiente. 6. Voluntad de defenderse. 7. Legítima defensa de terceros. 8. Legítima defensa presunta (excursus). VII. Estado de necesidad justificante. 1. Introducción. 2. Estado de necesidad y legítima defensa. 3. Peligro. a. Actualidad del peligro. b. Imposibilidad de evitar de otra manera el peligro. 4. Proporcionalidad. a. Bienes jurídicos. b. Preeminencia del bien salvado. 5. Estado de necesidad ante situación de peligro creada por el agente. 6. Deber de soportar un peligro. 7. Medio adecuado. 8. Casos particulares. 9. Elemento subjetivo. 10. Conflicto de deberes jurídicos. 11. Estado de necesidad putativo. VIII. Otras causas de justificación. 1. Evolución legislativa. 2. Disposición de la ley. 3. Cumplimiento de un deber. 4. Ejercicio legítimo de un derecho. a. Teoría. b. Ejemplos. 5. Cumplimiento de orden obligatoria de autoridad competente. a. Ámbito civil. b. Ámbito militar. 6. Ejercicio legítimo de un oficio o cargo. a. Ejercicio legítimo de un cargo. b. Ejercicio legítimo de un oficio. 7. Autorización de la autoridad competente.

I. Antijuricidad e ilicitud

Por influencia alemana[328], se distingue entre *Unrecht* y *Rechtswidrigkeit.* 1370
Este último término es traducido al español, en general, mediante el neologismo "antijuricidad" o "antijuridicidad"[329]. Con él se señala la característica de la acción de no ser conforme al orden jurídico. Para traducir el vocablo *Unrecht*, se recurre, con frecuencia, al término "injusto", pero utilizado como sustantivo: el o lo injusto. Esta palabra no es bastante clara, en la medida que significa "no justo o no equitativo", expresión de nítida connotación moral. Por eso, es preferible emplear el término ilicitud que significa "cualidad de ilícito", y que debería utilizarse en el sentido de lo penalmente ilícito.

La antijuricidad es una valoración negativa de la acción en relación con 1371
todo el orden jurídico. No es una categoría propia del ámbito penal, sino una noción común a todos los dominios del derecho. Por esto, las normas permisivas, con independencia de su naturaleza (civil, administrativa o pública) la excluyen respecto a todo acto, incluso el conforme a un tipo penal. Así sucede con el art. 423, inc. 3 del CC que regula el derecho de corrección que tienen los padres frente a sus hijos menores en el marco de la patria potestad. Esta prerrogativa, en la medida en que sea utilizada de manera moderada, puede constituir una causa de justificación (ejercicio legítimo de un derecho, art. 20, inc. 8) respecto a las privaciones de la libertad (delito contra la libertad individual) que sufran los hijos cuando, por ejemplo, son castigados prohibiéndoles salir de casa antes de realizar las tareas escolares.

---

328 WELZEL, 1969, p. 52; ROXIN, 2006a, § 14 N° 1; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, Vorbem §§ 13 ss., N° 51; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 24 III 1 ss., § 25 I 2 ss.; WESSELS/BEULKE, 2001, N° 281.

329 MIR PUIG, 1998, p. 112; QUINTERO, 2002, p. 277; POLAINO NAVARRETE, 2000, p. 506 ss.

1372 Así mismo, las causas de justificación penales (p. ej., la legítima defensa) son eficaces respecto a todos los ámbitos jurídicos. Dicho de otra manera, la declaración según la cual la acción, a pesar de ser típica, no es antijurídica por existir una de aquellas causas, no sólo se limita al derecho penal. La consecuencia práctica de gran importancia es que la permisividad de un hecho debe ser analizada en relación con todo el orden jurídico, porque en cualquiera de sus ámbitos puede encontrarse una causa de justificación[330].

1373 Por el contrario, la ilicitud es una categoría propiamente penal, pues, supone la tipicidad del acto y su carácter antijurídico. Como la antijuricidad es la disconformidad de la acción con las normas del ordenamiento jurídico, el resultado de tal confrontación sólo puede ser la comprobación según la cual el acto es lícito o ilícito.

II. Antijuricidad formal y material

1374 Se entiende por antijuricidad formal la oposición del acto con la norma prohibitiva o preceptiva, implícita en toda disposición penal que prevé un tipo legal (p. ej., "no matar" en relación con el art. 106). Por antijuricidad material, se comprende, por el contrario, el carácter dañino del acto con respecto al bien jurídico protegido por la norma legal[331]. Este perjuicio no sólo debe ser comprendido en sentido natural, como producción de un daño a determinado objeto de la acción (p. ej., muerte de una persona o daños a una cosa), sino también como contradicción al valor ideal que protege la norma jurídica (la dignidad de la persona en el caso de los delitos contra el honor)[332]. En este sentido, la antijuricidad material y la noción de ilicitud se contraponen a la antijuricidad formal (contradicción del acto con la norma).

1375 Una acción es, en el nivel formal, lícita o ilícita. Son dos categorías excluyentes. Por esto, es inconcebible graduar el carácter ilícito del comportamiento. Al contrario, la ilicitud es graduable según la gravedad de la acción típica (p. ej., el juicio de valor negativo es más intenso respecto al acto de

330 Roxin, 2006a, § 14 N° 31; Jakobs, 1991, 11/1; García Cavero, 2003, p. 611 ss.

331 Roxin, 2006a, § 14 N° 4 ss.; Jescheck/Weigend, 1996, § 24 I 1 ss.; Maurach/Zipf, 1992, § 24 N° 20; Lenckner, en Schönke/Schröder, 2006, Vorbem §§ 13 ss. N° 50; 1996 § 8, N° 15; Schultz, 1977 I, p. 146; Hirsch, en LK vor § 32, N° 12 ss.; Baumann/Weber/Mitch, 2003, § 16 N° 2 ss.; Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2000, p. 569 ss. Polaino Navarrete, 2000, p. 501 ss.; Quintero, 2002, p. 279 ss.; Villa Stein, 2008, p. 342.

332 Roxin, 2006a, § 14 N° 7.

matar una persona que al de insultarla)[333]. Lo mismo sucede con la antijuricidad material, que por estar determinada por la ofensa a un bien jurídico, puede ser graduada teniendo en cuenta la importancia de la lesión o de la puesta en peligro de este bien.

La noción de antijuricidad material es de particular importancia, sobretodo en política criminal. Su influencia práctica[334] es notoria en tres aspectos: En primer lugar, en la interpretación de los tipos legales, lo que permite, por ejemplo, comprender mejor los casos agrupados bajo la denominación "adecuación social", en los que la acción puede ser, en el nivel formal, conforme al tipo legal. Es el caso, por ejemplo, de los insultos en el ámbito familiar que no lesionan el bien jurídico y, por lo tanto, no son conformes al tipo legal. En segundo lugar, en la individualización de la pena, debido a que al hacer posible la graduación de la ilicitud, la noción de antijuricidad material facilita la determinación de la culpabilidad del agente. En ambos aspectos resulta importante tener en cuenta la influencia que puede ejercer la intervención de la víctima en la realización del delito o en la intensidad del injusto (en razón a la ponderación de los bienes jurídicos protegidos). En este sentido se pronunció la Corte Suprema en una sentencia[335] determinando que "quien es responsable de una situación de conflicto [...] debe soportar la consecuencia de su actuación antijurídica". Y, en tercer lugar, la influencia práctica de la antijuricidad material se advierte tanto en la comprensión de la índole, como de la amplitud de las causas de justificación, en cuanto facilita su apreciación y la posibilidad de admitir otras de las previstas expresamente en la ley penal. 1376

La importancia del papel práctico de la noción de antijuricidad material se manifiesta en el principio de lesividad, previsto en el art. IV, según el cual "la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley". 1377

En este contexto, hay que juzgar también el criterio que niega o disminuye la importancia de la distinción entre antijuricidad material y antijuricidad formal. Si bien es cierto que, en principio, la ilicitud (tipicidad y contradicción con el orden jurídico) como la antijuricidad (ausencia de causas de justificación) son criterios igualmente normativos, no hay que olvidar que la primera está condicionada por la mayor o menor intensidad de la 1378

333 BACIGALUPO, 1997, p. 251.

334 JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 24 I 3.

335 ES del 27 de abril de 1998, Exp. N° 4986-97-Lima, en ROJAS, 1999a, p. 284.

acción típica. Ahora bien, es en efecto este carácter socialmente nocivo de la acción el que permite graduar su ilicitud. Se trata, en definitiva, de percepciones del mismo hecho pero desde perspectivas y niveles diferentes; así mismo, necesarias, puesto que para comprender toda su complejidad se les debe concebir de manera integral. Así, se evita toda confusión pensando, por ejemplo, que se puede afirmar la antijuricidad material de una acción y, al mismo tiempo, negar su antijuricidad formal.

III. Carácter objetivo de la antijuricidad

1379 Durante mucho tiempo[336], la antijuricidad ha sido considerada en relación con la acción, concebida como un mero hecho causal. De donde, se dedujo que era de índole objetiva en oposición al carácter subjetivo atribuido a la culpabilidad. Ésta era referida al autor y se le comprendía como un fenómeno psicológico.

1380 Sin embargo, como ya lo hemos señalado, la misma estructura de los tipos legales muestra con frecuencia que el carácter ilícito del comportamiento está determinado tanto por las modalidades con las que el acto es realizado, como por algún elemento de naturaleza subjetiva (factor de carácter personal) o por ambas circunstancias a la vez. Además, los elementos subjetivos son también objeto del juicio de valor en el que consiste la antijuricidad. Por esto los juristas, en la actualidad son contestes en que para calificar la acción como ilícita es indispensable tener en cuenta ciertos elementos personales[337]. De modo que para la determinación de la antijuricidad es decisivo el carácter no valioso del resultado (*lato sensu*) y de la acción.

1381 Debe rechazarse[338] la posición extrema que pretende fundamentar la ilicitud sólo en la índole no valiosa de la acción[339], por considerar que el aspecto decisivo es la desobediencia del agente a la prohibición establecida por el ordenamiento jurídico, desconociendo así la importancia del carácter no

---

336 BELING, 1930, p. 12 ss.; MEZGER, 1924, p. 245 ss.; STRATENWERTH, 1963, p. 237 ss.; KRAUSS, 1964, p. 38 ss.

337 JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 24 III 4; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, Vorbem §§ 32 ss. N° 52; MAURACH/ZIPF, 1992, § 17 N° 1; STRATENWERTH, 1963, p. 237 ss.; NOLL, 1955, p. 29 ss.; MIR PUIG, 1998, p. 113 ss.; MORALES PRATS, en QUINTERO, 2002, p. 289 ss.

338 ROXIN, 2006a I, § 14 N° 93; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 24 I 1 ss.; KRAUSS, 1964, p. 61 ss.; MAURACH/ZIPF, 1992, § 24, N° 20; JAKOBS, 1991, 11/7.

339 ZIELINSKY, 1973, p. 128 ss.; HORN, 1973, p. 78 ss.; SCHMIDHÄUSER, 1975, p. 219 ss.; KAUFMANN, 1974, p. 40 ss.; SCHAFFSTEIN, 1974, p. 559 ss.

valioso del resultado. En la práctica legislativa, al elaborar los tipos penales, el legislador otorga mayor o menor importancia a uno de estos aspectos. En los delitos de pura actividad, por ejemplo, se tiene sobre todo en cuenta la naturaleza lesiva del comportamiento como tal (así, penetrar en morada ajena). Lo mismo sucede con la tentativa (no producción del resultado), que es reprimida con menos severidad que el delito consumado. Pero la tendencia de dar la prioridad a la acción no valiosa en detrimento del resultado de valor negativo y, por lo tanto, de reprimir cada vez con mayor frecuencia la simple desobediencia de la norma sin lesión o puesta real en peligro del bien jurídico tutelado (delitos de peligro abstracto), debe ser limitada exigiendo que se respete con celo tanto el principio de la *ultima ratio* como el de la afectación de un bien jurídico (art. IV).

1382 Reconocer mayor peso al carácter no valioso del acto en detrimento del valor negativo del resultado tiene como efecto admitir el carácter personal de la antijuricidad, concebida sólo como el menosprecio del agente respecto a la prohibición de su acto. Según este criterio, el injusto (ilicitud) del hecho está determinado por la finalidad de la voluntad del autor[340]. Si bien no es correcto sostener que dicho criterio comporta una vuelta al "derecho penal del ánimo" o al "derecho penal del autor"[341], sí implica un riesgo de borrar la separación entre antijuricidad y culpabilidad. El carácter no valioso del resultado es reducido a nivel de una condición objetiva de la punibilidad. En efecto, la primera es un juicio sobre el acto típico (comprendido el aspecto subjetivo) y la segunda, un juicio sobre el autor. Mediante la expresión de "ilícito personal" sólo debe comprenderse que los elementos subjetivos del tipo legal (así como los de las causas de justificación) son así mismo determinantes para formular el juicio de valor que califica de ilícito al acto típico. En esta perspectiva, la doctrina dominante admite que el dolo (voluntad dirigida hacia un resultado) influye en la determinación del carácter ilícito de la conducta. En los delitos dolosos, entonces, se puede admitir que "se prohíbe aquella voluntad que persigue la producción del resultado del delito, pero también la manifestación de voluntad que tiene lugar a sabiendas de que el resultado del delito se halla unido a ella de forma necesaria o posible"[342].

1383 La afirmación del aspecto personal del ilícito no implica, por lo tanto, que se niegue el carácter objetivo de la ilicitud. Esta característica no debe ser,

340 Welzel, 1969, p. 58.

341 Roxin, 2006a, § 6 N° 1 ss.

342 Jescheck/Weigend, 1996, § 24 III 4 c; Lampe, 2003, p. 208.

sin embargo, entendida en el sentido de que el juicio de valor tenga sólo como objeto el aspecto exterior de la acción, con la exclusión de todo factor personal del agente. Lo determinante es que dicha valoración se haga siempre en relación con la violación de las exigencias generales que la norma jurídica impone *erga homnes*[343]. *También porque "la lesión del derecho se constata según un baremo general, sin tener en cuenta el valor de la estructura de la motivación del autor"*[344].

IV. Causas de justificación

1384 Las disposiciones relativas a las causas de justificación son normas permisivas[345]. Prevén situaciones excepcionales en las que se puede violar la norma (implícita al tipo legal). Así, se admite, en consecuencia, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido.

1385 Siempre se ha tratado de sistematizar las causas de justificación. Tanto con el objeto de fundamentarlas debidamente, como para destacar principios generales comunes a todas ellas que permitan estatuir nuevas justificantes. Se distinguen dos clases de sistemas: el monista y el pluralista. Según el primero, todas las causas de justificación tienen como fundamento un único principio[346]. Pertenece a este grupo, la llamada teoría del fin (*Zwecktheorie*), conforme a la cual la acción no es ilícita si constituye el medio adecuado (justo) para alcanzar un fin reconocido por el orden jurídico. También deben considerarse monistas, los sistemas fundados en la idea utilitarista de "más provecho que daño social"[347] o en el criterio, muy afín a esta idea, de la "confrontación de intereses" (hay que salvar el más importante de los intereses en conflicto)[348]. En oposición a estas opiniones, los partidarios del sistema pluralista[349] fundamentan las diferentes causas de justificación en diversos principios. De esta manera, se consideran de un modo alternado,

---

343 Jescheck/Weigend, 1996, § 24 III 4 c.

344 Jescheck/Weigend, 1996, § 24 III 5; Lenckner, en Schönke/Schröder, 2006, Vorbem §§ 13 ss., N° 120; Wessels/Beulke, 2001, N° 142.; Velásquez, 2009, p. 711 ss.

345 García Cavero, 2008. p. 468 ss.; Wessels/Beulke, 2001, N° 275; Jescheck/Weigend, 1996, § 31 I 2; Lenckner, en Schönke/Schröder, 2006, Vorbem §§ 32 ss., N° 4; Quintero, 2002, p. 466 ss.; Mir Puig, 1998, p. 417 ss.; Marinucci/Dolcini, 2006, p. 196 ss.

346 Liszt/Schmid, 1912, p. 186 ss.; Noll, 1965, p. 9; Schmidhäuser, 1975, 9/13.

347 Sauer, 1956, p. 56.

348 Noll, 1965, p. 9.

349 Mezger, 1967, p. 204 ss.; Roxin, 2006a, § 14 N° 41 ss.; Jakobs, 1991, 11/3 ss.

según la situación particular, la "falta de interés", el "interés preponderante", la "confrontación de bienes" y el fin permitido[350].

Ambos tipos de sistemas son compatibles, se diferencian sólo en un nivel de abstracción acentuada. Los principios son formulados de manera tan general, que pierden importancia tanto en la teoría como en la práctica. Así, dichas fórmulas no indican, por ejemplo, cómo identificar el medio adecuado o el fin justo, o de qué manera precisar cuál es el comportamiento menos dañino socialmente; mediante qué procedimiento detectar cuál es el valor, el interés o la pretensión más importante o predominante en un caso concreto[351]. Ante las reales dificultades para sistematizar las causas de justificación conforme a principios generales, se debe aplicar un criterio polivalente adecuado a las características y funciones de cada una de ellas en particular, pues, éstas se basan en diversas combinaciones de factores[352]. Esta solución está, por cierto, condicionada por los constantes cambios de la vida social que influyen en la determinación de lo que es socialmente positivo o dañino. Por esto es imposible elaborar un sistema completo de causas de justificación, así como de establecer una lista exhaustiva de los principios que las fundamentan[353]. 1386

Las causas de justificación tienen como fuente todo el orden jurídico y no sólo la ley penal[354]. Este criterio ha sido profundizado por los juristas alemanes porque su anterior Código las enumeraba de manera incompleta. La jurisprudencia germana admitió, por ejemplo, que el §. 20 del Proyecto CP alemán de 1925 debía ser considerado como derecho vigente. Nuestro CP de 1924 estableció expresamente que la ley, en general, era el fundamento de las causas de justificación (art. 85, inc. 5). Sin embargo, la ley no constituye todo el ordenamiento jurídico, de manera que la justificación de un acto típico podía ser buscada en en todos sus ámbitos. A pesar de que el Código vigente no contiene un precepto similar al derogado art. 85, inc. 5, en la actualidad se admite este razonamiento y emplea la expresión "causas de justificación supralegales". Su necesidad resulta del hecho de que la enumeración contenida en la ley no es exhaustiva. Su admisión, por lo tanto, 1387

350 Jescheck/Weigend, 1996, § 31 III 3.

351 Roxin, 2006a, § 14 N° 41.

352 Jescheck/Weigend, 1996, § 31 I 2, § 31, II, 3; Bacigalupo, 1997, p. 254; Roxin, 2006a, § 14 N° 41.

353 Roxin, 2006a, § 14 N° 42; Jescheck/Weigend, 1996, § 31 II 3.

354 Roxin, 2006a, § 5 N° 42; Gropp, 1997, § 6 N° 20.

no significa una violación o abandono del principio de la legalidad, puesto que ellas limitan el poder represivo.

1388 En los códigos penales modernos, se ha tenido cuidado con reglar separadamente las causas de justificación de las de inimputabilidad, de no culpabilidad y de falta de acción. Conforme a este criterio, se regularon, en el Proyecto de 1985 (agosto), en sendos capítulos, los aspectos negativos de la infracción: la falta de acción (art. 11), las causas de justificación (arts. 12 a 16), la inimputabilidad (arts. 17 a 21) y las causas de no culpabilidad (arts. 27 a 32).

1389 Sin embargo, este criterio no ha sido conservado en el texto definitivo del Código, tal vez porque se ha pensado que dicha clasificación debía ser obra de la doctrina y que el legislador no debía decidir sobre cuestiones de orden teórico. De esta manera, se ha mantenido la sistemática del CP de 1924 que provenía del CP de 1863, inspirada a su vez en el CP español de 1848-50. En el Capítulo III del Título I del Libro Primero del Código, bajo la denominación de "Causas que eximen o atenúan la responsabilidad penal" (art. 20 a 22), se regulan las causas de justificación junto con las demás referidas a la inimputabilidad e imputabilidad restringida, al estado de necesidad; al obrar por disposición de la ley o en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho, oficio o cargo; al acto ejecutado en cumplimiento de una orden obligatoria y expedida en el ejercicio de sus funciones; al obrar bajo la influencia de una fuerza física irresistible, un miedo insuperable o con el consentimiento de la víctima. Evidentemente que esta manera de legislar sobre los aspectos negativos de los elementos de la infracción es, evidentemente, contraria a una correcta técnica legislativa.

V. Elementos subjetivos de las causas de justificación

1390 De acuerdo con la tesis de la antijuricidad objetiva, carece de importancia que el agente sepa o no que actúa bajo el amparo de una causa de justificación. El acto es justificado por el simple hecho de su conformidad material con el ordenamiento jurídico. Así, se considera que quien causa una lesión al agresor sin saber que es agredido y, de esta manera, salva su bien jurídico amenazado, no debe ser sancionado.

1391 El reconocimiento de los elementos subjetivos del tipo legal y de las causas de justificación han permitido superar esta concepción[355]. Las normas que

[355] MIR PUIG, 1998, p. 420 ss.; POLAINO NAVARRETE, 2000, p. 522 ss.

prevén estas últimas tienen la misma estructura que las que incriminan comportamientos: aspecto objetivo y aspecto subjetivo. El obrar en legítima defensa supone, por un lado, la realización de los elementos objetivos (agresión ilícita, defensa proporcionada, falta de provocación, etc.) y, por otro, la voluntad de defender el interés puesto en peligro por el agresor.

La ausencia de antijuricidad depende del hecho de que el agente actúe, en el nivel objetivo, en el marco de lo permitido y, en el subjetivo, con conocimiento de la situación justificante[356]. Cuando se sabe que se obra para proteger un bien jurídico se realiza un acto valioso y, por lo tanto, lícito[357]. Esto sucede cuando se conocen las circunstancias materiales que condicionan y limitan la causa de justificación en cuestión. Poco importa que quien se protege haya actuado (en legítima defensa), por ejemplo, sólo motivado por el fin específico de defenderse. Consciente de la agresión ilícita, puede reaccionar por la cólera provocada por la agresión. En caso de defensa de un tercero, el que reacciona contra la agresión puede hacerlo más motivado por la voluntad de castigar merecidamente al agresor que por la de defender a la víctima. Basta el "dolo" de actuar de manera justificada, es decir, con el conocimiento de la situación excepcional, constituyente de la causa de justificación[358]. Parte de la doctrina considera que basta se tenga como probable su existencia. 1392

Si el agente carece de esta conciencia en el momento de actuar, pero concurren los presupuestos y elementos objetivos de la causa de justificación, debe considerarse que sólo incurre en tentativa. Pero como las circunstancias hacen que falte el resultado no valioso, se trata de un delito imposible (impune según el art. 17). 1393

Las disposiciones de nuestro Código pueden ser interpretadas de manera coherente según los criterios expuestos. Por ejemplo, el art. 20, inc. 3, que prevé la legítima defensa dice: "el que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros...". No se exige de manera expresa que el agente actúe sólo por el motivo particular de defenderse o de defender a otro. Por lo tanto, basta que sea consciente de las circunstancias que caracterizan la situación de legítima defensa: "agresión ilegítima", "necesidad racional del medio empleado" y "falta de provocación". Lo mismo puede decirse respecto al estado de necesidad - causa de justificación (art. 20, inc. 4). 1394

356 Wessels/Beulke, 2001, N° 275 ss.; Jescheck/Weigend, 1996, § 31 IV 2; Jakobs, 1991, 11/18; Mir Puig, 1998, p. 420 ss.

357 Lackner/Kühl, 1999, § 32 N° 6; Lenckner, en Schönke/Schröder, 2006, Vorbem §§ 32 ss., N° 14; Bockelmann/Volk, 1979, § 15 B I 2 e; Roxin, 2006a, § 14 N° 94 ss.

358 Roxin, 2006a, § 14 N° 100.

VI. Legítima defensa

1. Introducción

1395 La legítima defensa ha sido generalmente prevista en las diversas legislaciones[359]. Sobre sus aspectos esenciales, no hay diferencias radicales entre la regulación legislativa y las explicaciones de la doctrina. La discusión gira sobre su fundamento y la extensión de su ámbito de aplicación.

1396 En la Constitución (art. 2, inc. 23), se ha previsto, singular e incorrectamente, el derecho a la legítima defensa como uno de los derechos fundamentales de la persona[360]. Respecto a éstos últimos, hay que recordar que son facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, libertad e igualdad de los individuos[361]. Constituyen, en consecuencia, una categoría aparte de los demás derechos, sobre los cuales priman.

1397 El derecho a defenderse no debería, pues, ser elevado al nivel de los derechos humanos, porque esto podría dar lugar a que se le hiciera prevalecer siempre sobre los otros, incluidos los derechos humanos propiamente dichos. De esta manera, se desnaturalizaría la legítima defensa y se abrirían las puertas a los excesos que se tratan, con razón, de evitar, mediante su regulación en el Código. Además, se incurre en un error de técnica legislativa al insertarse, de modo inconveniente, una regla (indicando cómo se debe o no se debe actuar) cuando es preferible reservar la Constitución para, sobre todo, establecer principios (relativos a los derechos).

1398 Aun un Estado policiaco no puede proteger ni garantizar la protección de la persona y de sus bienes de manera absoluta y permanente. Por esto un Estado democrático, en particular, debe reforzar el orden jurídico reconociendo, de un modo excepcional, a cada persona, el derecho a protegerse y de proteger a terceros. Además, de esta manera se reafirma la preeminencia del derecho frente a lo ilícito y se refuerza la función preventiva del derecho penal[362], porque así se evidencia que la vulneración del orden jurídico implica siempre el riesgo de una reacción contra los derechos del agresor.

---

359 Cfr. CASTILLO GONZÁLEZ, 2009, II, p. 73 ss.

360 RUBIO CORREA/EGUIGUREN PRAELI/BERNALES BALLESTEROS, 2010, p. 633 ss.

361 PEREZ LUÑO, 1988, p. 46.

362 ROXIN, 2006a, § 15 N° 2; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 32 I 2.

De la mayor o menor importancia que se reconozca a uno de estos aspectos respecto a los demás, dependerá qué condiciones deben satisfacerse para considerar que se trata de una legítima defensa y, en consecuencia, de una causa de justificación del comportamiento típico realizado. 1399

2. Regulación legislativa

En el art. 20, inc. 3, se ha previsto la legítima defensa, siguiendo la estructura del art. 85, inc. 2 del CP de 1924, elaborado conforme sobre todo a los incs. 4 y 5 del art. 8 del CP de 1853. Los cambios son de inspiración suiza. En cuanto a la forma, ambos textos son bastante similares, en especial en la manera de establecer las condiciones en que debe ejercerse la legítima defensa. El pf. 1 ha sido, sin embargo, simplificado, reemplazándose la vieja fórmula "en defensa de su persona o derechos, o de la persona o derechos de otro" por la de: "en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros". La legítima defensa presunta, incorporada a nuestro sistema mediante el DL N° 23404, del 27 de mayo de 1982, no ha sido mantenida en el Código actual. 1400

Actúa en legítima defensa quien obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurran las circunstancias siguientes: agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla y falta de provocación suficiente de quien hace la defensa[363]. 1401

El aspecto objetivo está constituido por una situación de peligro creada por la agresión ilícita y la acción destinada a neutralizarla; mientras el aspecto subjetivo, por la voluntad de defenderse o de defender a terceros. Esta voluntad expresiones implícita al hecho de "obrar en defensa de". La situación de peligro (estado de necesidad en sentido amplio, desvalimiento) supone, por un lado, una agresión ilícita, actual o inminente y, por otro, un bien jurídico preponderante que deba ser protegido. 1402

3. Agresión

Se trata de un comportamiento[364] dirigido a lesionar o poner en peligro un bien (*lato sensu*) legalmente protegido. Es la obra de una persona física[365], 1403

---

363 ES del 12 de marzo de 1998, RN N° 4045-97 Lima, en Rojas, 1999a, p. 135 ss.; ES del 21 de abril de 1998, RN N° 2683-97 Lima, en Rojas, 1999a, p. 138 ss.

364 Lenckner/Perron, en Schönke/Schröder, 2006, § 32 N° 10 ss.; Logoz/Sandoz, 1976, art. 33, N° 2 b; Trechsel/Noll, 2004, p. 127; Schultz, 1982b I, p. 158; Germann, 1943, p. 215; Colmenero, Art. 20, en Conde-Pumpido/López Barja de Quiroga, 2007, p. 203 ss.

365 Cfr. Marinucci/Dolcini, 2006, p. 212 ss.; Baumann/Weber/Mitsch, 2003, § 17 N° 4;

por tanto, no de una persona jurídica o del Estado. En estos casos la legítima defensa sólo es posible respecto a las personas que constituyen sus órganos (p. ej., directores, funcionarios, policías, militares) y que cometen la agresión ilícita[366]. Además, siendo ésta una acción, no es posible concebir la legítima defensa respecto al peligro que proviene de un animal (salvo que sea utilizado como instrumento por el agresor), ni de un evento no constitutivo de una acción en sentido jurídico penal (p. ej., un hecho producido en estado de inconsciencia debido al consumo de alcohol u otra droga). En estos casos, se trataría más bien de un estado de necesidad.

1404 La agresión puede consistir en una omisión impropia[367], por el contrario, se duda respecto a la omisión propia[368]. En el primer caso, quien omite tiene el deber de garante y, por lo tanto, la obligación de evitar el resultado[369]. En consecuencia, es posible obligarlo a intervenir. Pero la defensa puede consistir también en evitar de modo directo el resultado que el obligado no quiere descartar. Las vacilaciones respecto a la omisión propia son injustificadas cuando la ley, mediante los diversos elementos del tipo legal, impone el deber de ejecutar la acción esperada. Por ejemplo, en el caso del conductor de un automóvil que no auxilia al peatón que ha atropellado y que está en grave e inminente peligro de muerte (art. 126), se plantea la cuestión de saber si se le puede obligar a hacerlo mediante violencia o privársele de su vehículo para auxiliar a la víctima. Según nuestro derecho, la respuesta debe ser afirmativa, pues, la omisión propia representa la violación de un deber sancionado jurídicamente[370]. Sin embargo, hay que tener en cuenta el tipo legal específico. Así, en relación con el previsto en el art. 159, el inquilino que permanece en el bien inmueble al vencimiento del contrato de alquiler no comete violación de domicilio. Por lo tanto, el propietario no puede desalojarlo por la fuerza alegando la legítima defensa. Además, el orden jurídico le ofrece medios legales para lograr la desocupación de su bien.

1405 En algunas situaciones especiales, se presentan dudas sobre la existencia misma de la agresión. Esto sucede, en la denominada legítima defensa putativa. Por ejemplo, el agente, creyéndose atacado, lesiona a quien esgrime un arma blanca en su dirección pero sin intención de dañarle. El

---

Villa Stein, 2008, p. 353.

366 Roxin, 2006a, § 15 N° 7.

367 Cfr. *infra* N° 1962 ss.

368 Cfr. Jakobs, 1991, 12/21.

369 Jescheck/Weigend, 1996, § 32 II 1 a; Baumann/Weber/Mitsch, 2003, § 17 N° 6; Gropp, 1997, § 6 N° 68; Roxin, 2006a, § 15 N° 13; Stratenwerth, 2005, § 10 N° 74.

370 Jescheck/Weigend, 1996, § 32 II 1 a; diferente Roxin, 2006a, § 15 N° 13.

error sobre las circunstancias materiales en que incurre el causante de la lesión indica que carece de voluntad de hacer algo ilícito. Sólo debería ser reprimido por culpa si hubiera podido evitar la equivocación. En cuanto a la defensa, la cuestión es saber si el agente que la practica, en la creencia que es atacado, basta para admitir que el lesionado hubiera podido ejercer su derecho a defenderse. En este supuesto no se da una legítima defensa porque falta el elemento de la agresión y no porque ésta no fuera ilícita.

La legítima defensa putativa debe ser tratada según los requisitos de la le- 1406
gítima defensa misma, y no a la luz del art. 21, que estatuye: "En los casos del art. 20, cuando no concurra alguno de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el juez puede disminuir la pena prudencialmente hasta los límites inferiores al mínimum legal". Este artículo coloca a un mismo nivel todos los elementos que son necesarios para que se dé la legítima defensa (agresión ilegítima, racionalidad en el medio empleado para repeler la agresión y falta de provocación suficiente de quien ejerce la defensa). Por tanto, no es aplicable cuando falta la agresión ilegítima, ya que la misma existencia de la legítima defensa depende de la presencia de esta circunstancia, que es su presupuesto. En la práctica, se aplica, pues, a los casos en los que hay exceso en la defensa[371], que implica una disminución del injusto[372].

a. Carácter ilícito de la agresión

El adjetivo "ilegítima", utilizado en el texto legal, para calificar a la agresión 1407
debe ser entendido en el sentido de ilícito, injusto, y no sólo en el sentido de su disconformidad con las leyes. Como ya hemos indicado[373], ilícito (antijurídico) significa en general contrario al ordenamiento jurídico y, por lo tanto, no sólo a las leyes (*stricto sensu*)[374].

Se trata de cualquier agresión contraria al orden jurídico. No basta, en con- 1408
secuencia, constatar que el comportamiento en cuestión amenaza la inte-

371 Cfr. *infra* N° 1812 ss.

372 Cfr. Jakobs, 1991, 12/64.

373 Cfr. *supra* N° 1370 ss.

374 Trechsel/Noll, 2004, p. 126 ss.; Logoz/Sandoz, 1976, art. 33 N° 2 b; Stratenwerth, 2005, § 10 N° 71; Roxin, 2006a, § 15 N° 14 ss.; Baumann/Weber/Mitsch, 2003, § 17 N° 16 ss.

gridad de un bien jurídico. La legítima defensa es imposible frente a un acto típico cometido al amparo de una causa de justificación. Así, no se da contra un acto realizado en legítima defensa; pero sí respecto al ejercicio abusivo del derecho a defenderse. El carácter ilícito está dado porque tanto el actuar del agresor como el riesgo creado respecto a un bien jurídico individual no son valiosos. Es entonces indispensable que, además del posible resultado, la acción sea contraria al orden jurídico. Por ejemplo, el peatón imprudente que crea el riesgo de ser atropellado (resultado negativo) por un conductor respetuoso de las reglas de tránsito (acción lícita), no puede alegar la legítima defensa si salva su integridad corporal dañando al conductor del vehículo. Sin embargo, podría alegar haber obrado en estado de necesidad, ya que tampoco está obligado a soportar el atropello (situación de peligro).

1409 Por el contrario, no basta un acto ilícito consistente en la simple violación de un deber contractual y contra el cual el orden jurídico ofrece otras vías legales (demanda civil). Así, contra el deudor moroso, el acreedor no puede reaccionar haciéndose justicia propia y alegando actuar en legítima defensa de su patrimonio. Lo mismo cabe en el caso del propietario respecto a su inquilino mal pagador[375]. Ambos deben recurrir a la vía civil para lograr el reconocimiento o restablecimiento de sus derechos.

1410 La agresión puede ser culpable o no[376]. Esto se explica porque mediante la legítima defensa se busca reafirmar el orden jurídico ante el acto ilícito y no sólo cuando se trate de un comportamiento culpable[377]. No es pues acertada la idea, inspirada por Manzini, según la cual "es indispensable que provenga [la agresión] de un sujeto capaz, dotado del discernimiento suficiente como para comprender el carácter antijurídico de su comportamiento". Por el contrario, la jurisprudencia, conforme a la opinión dominante, ha admitido la legítima defensa en favor de una madre que reaccionó contra un sujeto "sordomudo" e "imbécil – agresivo" para proteger a su hija menor. Las calidades personales del agresor debe ser consideradas al juzgarse la proporcionalidad de la defensa. El atacado, consciente de esta circunstancia, debe reaccionar con mesura. Ciertos autores alemanes[378] sostienen el criterio opuesto, estimando que sólo mediante un comportamiento culpable

375 Roxin, 2006a, § 15 N° 12.

376 Jescheck/Weigend, 1996, § 32 II; Lenckner/Perron, en Schönke/Schröder, 2006, § 32 N° 24; Wessels/Beulke, 2001, N° 327; Stratenwerth, 2005, § 10 N° 72.

377 Jescheck/Weigend, 1996, § 32 II 1 a.

378 Otto, 1998, § 8, N° 19; Jakobs, 1991, 12/16 ss.

se puede alterar el orden jurídico. Además, consideran que sólo el agente culpable puede comprender por qué debe soportar la reacción de quien se defiende[379]. En los demás casos, piensan que es más conveniente recurrir a la noción de estado de necesidad. Contra este criterio, hay que señalar que también los comportamientos no culpables perturban el orden jurídico y la legítima defensa debe ser admitida porque su objetivo es, precisamente, el de descartar esta perturbación.

b. Agresión inminente, actual o presente

1411 Según el art. 20, inc. 3, lit. b, el agente debe impedir o repeler la agresión. Esto supone, de modo evidente, una situación que puede ser tanto aquella que implique la inminente realización del ataque o su real inicio, como aquella en que la agresión subsista debido a la acción del agresor[380]. No basta que éste se encuentre en los inicios de sus preparativos para agredir, sino que debe estar a punto de ejecutar la agresión. La defensa supone que un bien jurídico esté en una situación de peligro concreto; pero no es indispensable que la acción del agresor alcance una intensidad que permita calificarla de tentativa de un delito. Así, puede tratarse de actos que podrían ser considerados "preparatorios", a condición de que denoten con nitidez la inminencia del perjuicio. Este no es el caso cuando el futuro agresor compra un arma o se informa sobre los hábitos cotidianos de la futura víctima, ni cuando se limita a amenazarla con un peligro futuro y lejano. Sin embargo, no hay que esperar el momento en que ya es demasiado tarde para repeler el ataque o en que ya sólo es posible rechazarlo sufriendo un grave daño.

1412 El agredido debe reaccionar mientras dure el ataque de que es víctima. Una vez que la situación ilícita creada por el agresor cese, ya no cabe la legítima defensa, pues, el perjuicio ha sido consumado y es realmente imposible impedir o repeler una agresión ya pasada. Sin embargo, este momento no debe ser confundido con el de la consumación de una infracción. En este caso, el criterio determinante es el establecido en el tipo legal respectivo (criterio formal de consumación), el mismo que puede prever un delito instantáneo, permanente o de estado. La legítima defensa también debe ser admitida hasta los momentos posteriores en los que el agresor continúa material-

379 Jakobs, 1991, 12/16.

380 Roxin, 2006a, § 15 N° 21 ss.; Gropp, 1997, § 6, N° 77; Jescheck/Weigend, 1996, § 32 II; Lenckner/Perron, en Schönke/Schröder, 2006, § 32 N° 18 a; Jakobs, 1991, 12/35; Baumann/Weber/Mitsch, 2003, § 17 N° 11 ss.; Logoz/ Sandoz, 1976, art. 33, N° 2 a.

mente su agresión. Por ejemplo, la víctima de un hurto puede, mediante la violencia (restricción de la libertad), recuperar el bien de su propiedad en poder del ladrón que huye y quien ya se encuentra fuera del inmueble de donde ha sustraído el botín. Lo mismo debe reconocerse, respecto al caso en que el ataque subsista, porque el agresor mantiene a la víctima bajo su influencia con la intención de repetirlo o producir un daño más grave (p. ej., el agresor sexual que quiere continuar violando a la víctima).

1413 Un caso de agresión que se prolonga en el tiempo es el de los delitos permanentes[381]. Lo mismo sucede cuando la infracción no ha sido agotada. Por ejemplo, la violación de domicilio se consuma con la penetración o la permanencia en la morada ajena, pero la agresión subsiste, en la segunda hipótesis, hasta que el agente se retire.

1414 Un caso particular es aquel en el que la consumación formal coincide con la consumación material; por ejemplo, las injurias recíprocas. Por ser imposible en estas circunstancias la legítima defensa, el legislador prevé, en el art. 137, dos situaciones. La primera concierne las llamadas injurias recíprocas "proferidas en el calor de un altercado". En este caso, el juez, según las condiciones, no sancionará a las partes o sólo a una de ellas. Mientras que la segunda se refiere a "la injuria verbal provocada por ofensas personales". Por tratarse de normas que excluyen la represión pueden ser aplicadas por analogía a los demás incidentes en que se presente la misma situación de reacción inmediata posterior a la consumación de ciertas agresiones leves. Por ejemplo, en caso de injurias mediante gestos o vías de hecho, así como en simples vías de hecho recíprocas.

1415 El límite entre estos extremos no puede ser fijado *in abstracto* mediante una regla absoluta. Deberá ser establecido caso por caso teniendo en cuenta las circunstancias particulares (eficacia y oportunidad de la defensa) y los fines perseguidos con el uso de la legítima defensa[382].

1416 La Corte Suprema ha considerado que no actúa en legítima defensa quien "a los pocos momentos" de ser herido arroja una piedra en la cabeza de quien lo lesionó. En su opinión, no se da esta causa de justificación "si se tiene en cuenta que la agresión [reacción]... se produjo, no en acto simultáneo... sino cuando había transcurrido algún tiempo y cuando ya había que-

381 Roxin, 2006a, § 15 N° 28 ss.; Gropp, 1997, § 6 N° 77; Jescheck/Weigend, 1996, § 32 II d; Lenckner/Perron, en Schönke/Schröder, 2006, § 32 N° 15; Stratenwerth, 2005, § 10 N° 70.

382 Dubs, 1973, p. 348.

dado concluido el ataque...". Esta decisión es correcta sólo en su parte final, ya que no es imprescindible que la defensa sea simultánea a la agresión. La "defensa" no puede existir, y así lo reconoce la misma Corte Suprema, cuando la agresión ya se ha consumado ("cuando ya había quedado concluido el ataque"). El Código estatuye esta condición de manera implícita, pero suficiente, cuando dice: "impedir o rechazar el ataque"[383].

Por último, hay que señalar que está permitido prever las medidas necesa- 1417
rias para garantizar cierta seguridad frente a agresiones futuras e indeterminadas (defensa mecánica, ofendículo)[384]. En estos casos, hay que admitir la actualidad de la agresión si dichos medios han sido instalados para que funcionen sólo cuando se produzca el ataque. Por cierto, no deben representar un peligro inmediato y difuso para las personas en general. Por ejemplo, electrificar la cerca de una casa para impedir robos puede causar daño a cualquier peatón (niños jugando). Algunos juristas prefieren considerar que en tales circunstancias se trata del "ejercicio de un derecho" y que no debe admitirse la legítima defensa (p. ej.: ejercicio del derecho de propiedad).

c. *Bienes jurídicos protegidos*

Se trata de cualquier bien jurídico individual, perteneciente a una persona 1418
natural o jurídica[385], protegido por el derecho penal o por las demás ramas del orden jurídico. Por ejemplo, los derechos inherentes a la persona protegidos por el derecho civil. El observar por la cerradura de la puerta del baño a una persona desnuda constituye un atentado contra su intimidad que, aun cuando no sea punible según el art. 154, puede dar lugar a la legítima defensa. También es posible en caso del disfrute de bienes de uso

383 En ese sentido, se pronunció la Corte Suprema mediante la ES del 21 de abril de 1998, RN N° 2683-97-Lima, señalando que si bien es cierto que el acusado confesó haber disparado, también lo es el que su conducta cae bajo los presupuesto del art. 20, inc. 3 , legítima defensa, pues ha obrado para defender su propia vida.Se trata de una perfecta legítima defensa, ya que, primero, ha existido una agresión ilegítima, en la medida en que el agresor amenazó de muerte al procesado y a su hija, sometió sexualmente a ésta y finalmente atentó contra su vida; segundo la defensa ha sido racional por que el acusado, al momento del disparo, se encontraba herido y presenció la violación perpetrada contra su hija: y, tercero, no ha existido provocación de parte de quien ha efectuado la defensa, razón por la que su conducta se encuentra justificada y debe absolvérsele; Cfr. Caro John, 2007, p. 372 ss.

384 Logoz/Sandoz, 1976, art. 33, N° 2 a; Thormann/von Overbeck, 1940, art. 33, N° 5; Schultz, 1982b I, p. 161; Hafter, 1946, p. 144; Stratenwerth, 2005, § 10 N° 70.

385 Lenckner/Perron, en Schönke/Schröder, 2006, § 32 N° 4; Roxin, 2006a, § 15 N° 30 ss.; Stratenwerth, 2005, § 10, N° 69.

común: el peatón que se ve obstaculizado al tratar de utilizar una vereda pública tiene derecho a desalojar al que se lo impida. En tal caso, el bien jurídico atacado es la libertad personal de transitar.

1419 No son sin embargo objeto de protección los derechos derivados de un crédito o de un contrato. Quien se sienta amenazado o se considere lesionado en la ocasión del cumplimiento de uno de éstos debe recurrir a las vías que estatuye el orden jurídico. No puede hacerse justicia por sí mismo imponiendo el respeto de su derecho a través de la violencia.

1420 La legítima defensa tampoco es posible respecto a los bienes de la colectividad[386], salvo que la salvaguarda de un bien individual requiera su protección simultánea. Nadie está, por ejemplo, autorizado a despojar al propietario de un kiosco de las revistas pornográficas que exhibe, aun cuando se reclame defensor del pudor público (art. 183, inc. 1). Por el contrario, es posible defender legítimamente al menor de catorce años que es incitado a la práctica de un acto obsceno (art. 183, inc. 3). También se puede impedir que alguien conduzca su automóvil en estado de ebriedad cuando un tercero corre el peligro de sufrir un grave perjuicio para su vida o salud. Pero, si esta condición no se presenta, no se puede justificar la intervención (atentado contra la libertad individual o la integridad física del conductor) alegando la legítima defensa del bien jurídico colectivo "seguridad pública" (art. 274) [387].

1421 Los ataques contra el Estado, como titular de la soberanía, tampoco pueden dar lugar a la legítima defensa[388]. Ésta es posible, sin embargo, cuando los bienes jurídicos agredidos le pertenecen en su condición de persona jurídica; por ejemplo, el patrimonio[389]. Así, en caso de rebelión o sedición (arts. 346 ss.), los particulares no pueden por propia iniciativa combatir por las armas a los rebeldes o sediciosos, salvo que sus bienes jurídicos personales (vida, salud) se encuentren también en peligro. Es legítimo defender, sin embargo, a un policía o soldado que es atacado de modo ilícito. Por medio de la legítima defensa, no debe, pues, atribuirse a las personas privadas

386 Roxin, 2006a, § 15 N° 36; Jescheck/Weigend, 1996, § 32 II 1 b; Jakobs, 1991, 12/4; Günther, en SK, AT 1, § 32 N° 51; Lenckner/Perron, en Schönke/Schröder, 2006, § 32 N° 6; Schultz, 1982b I, p. 158 ss.; Stratenwerth, 2005, § 10 N° 69.

387 Lenckner/Perron, en Schönke/Schröder, 2006, § 32 N° 6 ss.; Jescheck/Weigend, 1996, § 32 I 1 b; Maurach/Zipf, 1992, § 26 N° 12; Spendel, en LK, § 32 N° 153 ss.; Schultz, 1982b I, p. 159; Noll, 1975, p. 55.

388 Roxin, 2006a, § 15 N° 40. Trechsel/Noll, 2004, p. 127 ss.

389 Baumann/Weber/Mitch, 2003, § 17 N° 9.

responsabilidades propias de la Policía o de las Fuerzas Armadas. Según las circunstancias, podría recurrirse al estado de necesidad para no reprimir a quien actúa en defensa de bienes colectivos. Pero admitir el criterio contrario "conduce a consecuencias insostenibles" para el Estado de derecho[390].

Un caso particular es el derecho a la insurgencia establecido en el art. 46, pf. 2, Const. Esta disposición estipula que "la población civil tiene derecho a la insurgencia en defensa del orden constitucional". No obstante, este derecho no puede ser justificado ni explicado por medio de los criterios que fundamentan y delimitan la legítima defensa, pues, no se trata de una legítima defensa del Estado de derecho, sino del reconocimiento del ejercicio de los derechos políticos de los ciudadanos, admitiéndose incluso la reacción y resistencia contra un gobierno que no respete el Estado de derecho y, por lo tanto, los derechos fundamentales de las personas. Esta situación, por lo demás, se asemeja al estado de necesidad. 1422

4. Defensa

El art. 20, art. 3, lit. b, estatuye la "necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla [la agresión]". Esta defectuosa redacción puede hacer pensar que este segundo factor esté sólo relacionado con el medio empleado. Pero, en realidad, se refiere a la defensa contra la agresión ilícita. Se trata de toda forma de comportamiento al que recurre quien se protege y no sólo el objeto, instrumento o arma que puede utilizar para hacerlo mejor. Dicho de otra manera, el vocablo "medio" debe ser comprendido, según el texto legal, como el comportamiento defensivo de quien actúa en legítima defensa. 1423

Debido a que la víctima no está obligada, moral o jurídicamente, a soportar que sus bienes sean dañados, el orden jurídico le da el derecho de defenderse contra quien se ha colocado fuera de su protección. Su reacción debe dirigirse hacia la persona del agresor[391]. Si un tercero resultara afectado por su comportamiento, él puede invocar haber actuado en estado de necesidad[392]. Aunque puede admitirse que actuó en legítima defensa, cuando el perjuicio causado a un tercero se debe a que uno de los bienes materiales de éste ha sido utilizado como medio para la defensa contra el agresor, es más conveniente aplicar en estos casos el estado de necesidad. 1424

390 Jescheck/Weigend, 1996, § 32 II b.

391 Graven/Sträuli, 1995, p. 127; Stratenwerth, 2005, § 10 N° 74; Jescheck/Weigend, 1996, § 32 II 2 b; Wessels/Beulke, 2001, N° 334.

392 Logoz/ Sandoz, 1976, art. 33, N° 5.

a. Necesidad de la defensa

1425 La reacción del agredido debe ser necesaria. Esto será determinado apreciando de manera general si la acción de defenderse es indispensable para descartar el peligro creado por la agresión. Es menester que el agredido la impida o repela, pero esto no significa que su acción deba suceder forzosa e inevitablemente. Puede muy bien optar por escapar de su atacante para evitar sufrir el daño que éste quiere causarle.

1426 El criterio de necesidad constituye un principio normativo que fija los límites de la defensa. En primer lugar, la acción de defensa debe, entre las diversas posibilidades que tiene el agredido, causar el daño menos grave al agresor[393]. Además, quien se defiende no está obligado a asumir el daño que trata de evitar u otro menos grave, ni a defenderse de la manera menos peligrosa en pro de un resultado incierto. Si no le queda otra alternativa, será "necesaria" la acción que realiza por ser, objetivamente, adecuada para descartar el riesgo que comporta la agresión[394]. Quien es atacado a puñadas no está obligado a defenderse de la misma manera; pero tampoco puede, de modo inmediato, disparar a matar con su arma de fuego contra el agresor. En este caso, la utilización del arma, sin previamente amenazar o advertir al atacante mediante un tiro al aire, constituye una defensa, pero no la necesaria para salvar el bien jurídico en peligro.

1427 La necesidad de la defensa debe ser evaluada según criterios objetivos. Con este fin debe tenerse en cuenta el contexto en que tienen lugar los hechos; es decir, tanto las circunstancias que se refieren a la persona del agresor y a su comportamiento, como las referentes a la persona del agredido; también la naturaleza del instrumento o arma empleada por el atacante y las posibilidades de las cuales dispone aquella para defenderse. Si bien ésta no está obligada a correr riesgos innecesarios, tampoco debe recurrir sin más al medio más seguro (matar al agresor) si le es posible repeler la agresión con medios menos drásticos[395]. Es evidente que esto no excluye la posibilidad de reaccionar de modo más radical si su primer acto de defensa no es eficaz.

---

393 Jescheck/Weigend, 1996, § 32 II 2 c; Roxin, 2006a, § 15 N° 42; Wessels/Beulke, 2001, N° 335; Spendel, en LK, § 32 N° 239; Stratenwerth, 2005, § 10 N° 75; Baumann/Weber/Mitsch, 2003, § 17 N° 25.

394 Stratenwerth, 2005, § 10 N° 75.

395 Roxin, 2006a, § 15 N° 73 ss.; Wessels/Beulke, 2001, N° 343; Jescheck/Weigend, 1996, § 32 III 3 b; Schultz, 1982b I, p. 160; Stratenwerth, 2005, § 10, N° 73 ss.; Kunz, 1988, p. 172 ss.

La apreciación de la necesidad de la defensa debe ser realizada *ex ante* y considerando el juicio de un observador circunspecto. Esto significa que deben aplicarse criterios objetivos, en la perspectiva del momento y del lugar en que se produjo la defensa. Esta valoración es aplicada por la Corte Suprema en un caso en el que el procesado disparó contra el agraviado como única posibilidad adecuada a las circunstancias para defender la libertad sexual de su hija, "pues el acusado al momento de disparar se encontraba herido y presenció la violación perpetrada contra su hija [...] razón por lo que su conducta se encuentra justificada"[396]. En caso de un asalto a mano armada, en el que el delincuente amenaza a la víctima con un arma de fogueo, no puede exigírsele a quien interviene en su defensa que compruebe antes si el arma es verdadera y si la víctima está o no en peligro. La defensa es objetivamente necesaria a pesar de que la vida o la integridad corporal del rehén no corra peligro, hecho que sólo es posible de constatar *ex post*. El error inevitable en que incurre el defensor no influye, pues, en el carácter necesario de la defensa. En todo caso, hay que destacar de que otra cosa es establecer los efectos de este error, lo cual se precisará, recién, en el momento de determinar si y cómo se sanciona al agente. 1428

b. Racionalidad de la defensa

b.1. En general

La defensa debe ser racional, además de necesaria. Se trata de una apreciación de valor con referencia a la justicia y equidad. De esta manera, se introduce en la acción de defenderse una dimensión ética, que constituye así mismo un límite a la legítima defensa. 1429

La racionalidad de la defensa se determina apreciando la proporcionalidad entre el peligro propio a la agresión y la acción de defenderse; es decir, entre las condiciones, instrumentos y riesgos de la agresión y los propios del comportamiento defensivo. 1430

Los medios empleados para rechazar el ataque y los utilizados por el agresor deben ser equivalentes. Sin embargo, la correspondencia no necesita ser absoluta o determinada de forma matemática. La situación concreta en que se realiza la defensa debe ser examinada evitando todo formalismo. Se tomarán sobre todo en consideración la intensidad de la agresión, la peligrosidad del agresor y la disponibilidad de los medios que pueden ser uti- 1431

396 ES del 24 de septiembre de 1997, Exp. N° 2493-97-Amazonas, en Prado, 1999, p. 130.

lizados (necesidad concreta de los medios por oposición a necesidad abstracta referida a la defensa). La Corte Suprema se ha pronunciado en este sentido en una de sus ejecutorias, afirmando que "si el procesado se limita a repeler el ataque que en su contra materializaba el agraviado, implicando para dicha reacción un medio idóneo y adecuado a las características de la agresión, es de estimar que actuó en legítima defensa"[397].

1432 Si en principio el derecho no debe ceder ante lo ilícito, esta regla no debe conducir a fomentar la agresividad[398]. No es una defensa racionalmente necesaria, por ejemplo, la acción del campesino que tira a matar contra niños para impedirles dañar sus cultivos. Si no se dispone de medios apropiados para proteger o preservar bienes de poco valor, entonces debe renunciarse a rechazar el ataque y optar, por ejemplo, por pedir ayuda a terceros o alejarse del lugar de la agresión. Lo mismo puede decirse de quien, en lugar de apartar mediante un empujón al retardado mental[399] que trata de agredirlo, le causa heridas graves.

1433 La legítima defensa no supone la obligación de inhibirse de impedir o de repeler la agresión ilícita (p. ej., mediante la fuga o pidiendo socorro a la policía), pero tampoco debe ser la ocasión para que el agredido ponga en evidencia su fuerza y dé ejemplo de valentía[400]. Si tiene la posibilidad de neutralizar a su agresor solicitando simplemente ayuda a la policía o a terceros que se encuentran en el lugar de los hechos, debe hacerlo. De otro modo, su reacción resultaría innecesaria, salvo que éstos se muestren renuentes a intervenir.

1434 La desproporción extrema, por un lado, entre el valor de los bienes jurídicos en conflicto y, por otro, entre el ataque y la defensa, implica que la reacción del agredido sea superflua y también irracional por no ser justa. Este no es el caso, sin embargo, cuando se trata de bienes jurídicos individuales que pueden ser defendidos aun en detrimento de bienes jurídicos más importantes del agresor. Por ejemplo, la víctima de una tentativa de violación puede dañar la integridad corporal o la vida del violador para salvaguardar su libertad sexual. Asimismo, quien es víctima de un robo puede lesionar al ladrón para evitar la sustracción del bien que le pertenece.

---

397 ES del 05 de marzo de 1998, Exp. N° 2916-97-Lima, en Prado, 1999, p. 121.

398 Trechsel/Noll, 2004, p. 130 ss.

399 Jescheck/Weigend, 1996, § 32 II 2 c; Spendel, en LK, § 32 N° 239; Wessels/Beulke, 2001, N° 344; Lenckner/Perron, en Schönke/Schröder, 2006, § 32 N° 52 ss.; Maurach/Zipf, 1992, § 26 N° 38.

400 Roxin, 2006a, § 15 N° 50.

La mínima relevancia del riesgo debe, pues, limitar el ejercicio del derecho de defensa. Sobre todo cuando el único medio de repelerlo es causar al agresor un grave daño, por ejemplo, a su vida o integridad corporal. 1435

b.2. Sistema alemán

El § 32 del CP alemán prevé: "(1) Quien cometa un hecho en legítima defensa, no actúa antijurídicamente. (2) La legítima defensa es la defensa que es necesaria para conjurar una agresión actual antijurídica para sí mismo o para otro". Por interpretación de este parágrafo, se admite en Alemania[401], en principio, que no debería ponerse cuidado en la ponderación de bienes en colisión para determinar el carácter necesario de la defensa. Se ha llegado a considerar que cualquier bien puede ser defendido hasta las últimas consecuencias; por lo tanto, es considerada lícita la muerte del agresor para salvaguardar un bien material (propiedad, posesión, patrimonio)[402]. La razón que justifica no considerar la proporcionalidad entre los bienes es el reconocimiento de la prioridad del principio de la defensa o garantía del derecho frente a los comportamientos ilícitos. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia buscan limitar los alcances de este criterio, recurriendo a la "prohibición del abuso de derecho", al principio de "la mayor consideración posible del atacante" y a otros criterios, todos ellos analizados como limitaciones éticas y sociales de la legítima defensa. Roxin considera que la proporcionalidad de los bienes en conflicto nada tiene que ver con el carácter necesario de la defensa, sino que se trata más bien de un problema relacionado con la cuestión de saber si la defensa necesaria es o no exigida, permitida[403]. Esta tesis comporta, por cierto, una restricción del derecho de defensa por razones éticas y sociales. De esta manera, se excluyen casos que no merecen justificación en consideración a la insignificancia de la agresión o de las características personales del agresor (menores, enfermos mentales, etc.). Al respecto, se habla, también, de abuso del derecho de defensa. Este cambio de terminología, sin embargo, no ayuda a determinar el contenido de la expresión substituida. 1436

En nuestro derecho, teniendo en cuenta la manera cómo ha sido previsto el requisito de la necesidad racional de la defensa, no es necesario recurrir a 1437

401 Jescheck/Weigend, 1996, § 32 III 1 ss.; Lenckner/Perron, en Schönke/Schröder, 2006, § 32, N. 1 ss.

402 Cfr. Maurach/Zipf, 1992, § 26 N° 27 ss.

403 Roxin, 2006a, § 15 N° 46.

este tipo de criterios. El de la "defensa exigida" no es diferente de la noción de "defensa necesaria". La referencia a la racionalidad de la defensa permite simplemente excluir la aplicación de la legítima defensa en casos en los que la reacción ante la agresión resulta excesiva.

b.3. Dos casos particulares

1438 La necesidad de la defensa ha tratado de ser limitada en consideración a los deberes especiales que puede tener quien ve amenazado uno de sus derechos. De los casos más discutidos y complejos, señalemos dos. El primero concierne los cónyuges que tienen recíprocamente[404] los deberes de garante y de solidaridad. La cuestión es saber en qué medida uno de ellos puede ejercer su derecho a la legítima defensa cuando es agredido o amenazado por el otro. Dicho de otra manera, de qué clase de agresión debe tratarse para aceptar que el deber de solidaridad del agredido ha desaparecido. Sin duda, los deberes conyugales no imponen a ninguno de los cónyuges de soportar los maltratos del otro y, por lo tanto, la legítima defensa procede en caso de agresión ilícita. Siendo el caso más frecuente el de la mujer maltratada, no está demás reivindicar el derecho que tiene de defenderse de toda agresión ilícita por parte de su marido. El matrimonio no es una licencia para maltratar al cónyuge. La legítima defensa debe, por lo tanto, ser determinada según las exigencias generales establecidas por la ley. El respeto y buen trato mutuo condicionaran, pues, la manera como reaccione el cónyuge agredido. Lo mismo sucede respecto a las relaciones de parejas que conviven y a las que unen padres e hijos.

1439 El segundo caso es el de los agentes estatales, como los policías. Para cumplir sus funciones, ellos deben recurrir a medios que restringen los derechos de las personas (libertad, honor, integridad corporal, etc.). Por esto se les fijan directivas para evitar que cometan excesos. Un ejemplo claro son las reglas establecidas respecto al uso de armas de fuego. El problema que se plantea aquí es saber si estas disposiciones restringen su derecho a la legítima defensa frente a los actos que cometan en el ejercicio de sus funciones. Su condición de agentes estatales no les impide defender sus derechos frente a las agresiones de terceros. Así, cuando un delincuente, sorprendido en flagrante delito, apunta con su revólver hacia el policía que trata de detenerlo, éste tiene derecho a neutralizar el peligro y, debido a las

[404] ROXIN, 2006a, § 15 N° 85; SPENDEL, en LK, § 32, N° 507; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 32 III 3 a.

circunstancias, sin necesidad de hacer disparos de advertencia al aire. Lo que sí debe hacerse, sin embargo, para determinar si su defensa fue racional y necesaria, es tener en cuenta, por un lado, que mediante las directivas mencionadas se explicitan las condiciones de la legítima defensa respecto a las actividades específicas consideradas y, por otro, la formación especial que recibieron dichos agentes estatales para afrontar situaciones peligrosas.

b.4. Jurisprudencia

1440 En la jurisprudencia de la Corte Suprema se admite que debe existir una cierta proporcionalidad entre los medios de defensa y de ataque. Lo mismo se acepta en relación con los bienes en conflicto. En esta línea, esta Corte[405] ha decidido que existe "una desproporción en los medios empleados, pues el acusado ha utilizado una arma de fuego contra sus atacantes", que estaban desarmados. En este mismo sentido y en aplicación del CP de 1924, los jueces habían admitido que no puede haber proporción entre la ofensa, recibir en la cara una copa de aguardiente, y el agravio, fractura de los huesos de la nariz. Para determinar la "necesidad racional del medio empleado", el máximo tribunal considera la naturaleza del ataque ("brusco y continuado") y la disponibilidad de los medios de defensa ("el cuchillo fue el único medio a su alcance en ese momento desesperado"). Pero, su criterio de apreciación no siempre es objetivo y *ex ante*, ya que afirma que al agredido no se le puede exigir "que reflexione sobre las consecuencias del acto que va a practicar, y mida la proporción que debe existir entre la forma en que se le ataca y la forma en que se defiende". Por esta vía, se puede llegar a considerar como justificados ciertos casos de "exceso de legítima defensa" o de "defensa legítima putativa".

5. Falta de provocación suficiente

1441 La última condición es la "falta de provocación suficiente de parte del que hace la defensa". No se trata de una característica de la agresión ilegítima, pues, si así fuera se concluiría afirmando que esta tercera condición legal es superflua. En la aplicación judicial raros son los casos de provocación, quizás por las dificultades prácticas para probarla. Estas dificultades y las encontradas en la interpretación del art. 85, inc. 2, del CP de 1924, condujeron a los autores del Proyecto de 1985 (agosto), a omitir, como en el

[405] ES del 19 de mayo de 1998, RN N° 4777-97 Lima, en Rojas, 1999a, p. 140.

CP colombiano y en el Proyecto argentino de 1960, toda referencia a la circunstancia de la "falta de provocación suficiente" (de origen hispánico).

1442 La comprensión de esta condición implica tener en cuenta las diversas acepciones del término provocar que se refieren, por un lado, al hecho de incitar a una persona a que ejecute una acción y, por otro, al hecho de irritar o estimular a un individuo con palabras u obras para que se enoje. De modo que la provocación consiste en excitar y enojar a una persona, mediante cualquier proceder apropiado, para que reaccione atacando uno de los bienes jurídicos del provocador o de un tercero[406]. El provocador recurre con frecuencia a la burla o al escarnio, pero también a insultos, vías de hecho, daños a la propiedad, etc. Mas no se trata de cualquier provocación; ésta, según el texto legal, debe ser suficiente. Es decir, de una intensidad e índole apropiadas para que la persona concernida pierda la tranquilidad, reaccione agresivamente. La apreciación del carácter suficiente de la provocación debe hacerse mediante un juicio objetivo de valor. No puede depender, por ejemplo, de la extremada susceptibilidad o irritabilidad del sujeto en cuestión.

1443 Además, ya que se admite que las agresiones ilícitas provocan por lo general una reacción del agredido y que ésta es la situación de hecho propia a la legítima defensa, la fórmula "falta de provocación suficiente" supone siempre una actitud especial de quien se defiende. Éste debe poner cuidado en comportarse de manera tal que no origine, de parte de cualquier persona, una reacción contra él. En la actividad diaria, sin embargo, esto acontece con cierta frecuencia. Por eso, y aunque la ley sólo distingue entre provocación suficiente e insuficiente, debe precisarse aún si el autor del acto es o no responsable de la provocación. No lo es, por supuesto, si se trata de un caso fortuito. El problema se presenta, entonces, sólo si el autor procedió con intención o culpa.

1444 El caso más claro es el de la provocación dolosa. El agente coloca a la persona concernida en una situación material y personal que le permitirá dañarla con impunidad. Esta situación le servirá de cobertura para llevar a cabo su infracción programada. Por tanto, no actúa en legítima defensa porque ha provocado ilícitamente una reacción del agresor excitándolo de manera suficiente. Sin duda, el acto de provocación no debe constituir una agre-

406 Jescheck/Weigend, 1996, § 32 III 3 a; Baumann/Weber/Mitsch, 2003, § 17 N° 37; Wessels/Beulke, 2001, N° 346 ss.; Stratenwerth, 2005, § 10, N° 80; Colmenero, en Conde-Pumpido/López Barja de Quiroga, 2007, p. 205 ss.

sión ilícita en el sentido de la ley. Por ejemplo, si la provocación consiste en golpear varias veces a la víctima, la reacción de ésta representa el ejercicio del derecho a defenderse legítimamente, pues, se trata en realidad de una agresión y no sólo de una provocación. Contra la reacción del agredido, por estar justificada, no procede entonces la legítima defensa.

Si el comportamiento provocador es culposo, la imprevisión culpable debe ser relativamente grave para considerar que la provocación es suficiente. Si no lo es, el autor podrá defenderse; pero la racionalidad y proporcionalidad de su acción deben establecerse teniendo en cuenta su acto culposo. 1445

6. Voluntad de defenderse

Aunque el texto legal no lo prevea de modo expreso, quien actúa en legítima defensa debe tener la voluntad de ejercer este derecho que le reconoce el orden jurídico para evitar que sus bienes sean dañados mediante una agresión ilícita. Esto implica que debe ser consciente de las circunstancias materiales en las que se defiende y tener la intención de defenderse[407]. Los aspectos particulares de este factor han sido presentados al analizarse el aspecto subjetivo de la ilicitud[408]. 1446

7. Legítima defensa de terceros

El art. 20, inc. 3, *ab initio*, se refiere de modo explícito a la defensa de bienes jurídicos de terceros. A diferencia de la legítima defensa propia, el agredido en este caso no es el que ejerce la defensa. Toda persona puede ejercer esta defensa, sin que sea necesario que esté obligada a hacerlo por un deber de garante. 1447

En estos casos, la víctima de la agresión no impide o repele el ataque ilícito. Es indispensable, sin embargo, que tenga la voluntad de defenderse o de ser defendida. Si esta voluntad no existe, significa entonces que el agredido consiente en sufrir el perjuicio. Por ejemplo, el propietario de un huerto que ve a un adolescente sustraer frutas de los árboles de su propiedad y no hace algo por impedírselo, acepta ser desposeído. En consecuencia, no se trata de una agresión ilícita y nadie está autorizado a intervenir alegando que lo hace para proteger el orden jurídico. La falta de interés en proteger el bien jurídico individual predomina. Otro ejemplo es el de la situación 1448

407 Baumann/Weber/Mitsch, 2003, § 17 N° 11 ss.

408 Cfr. *supra* N° 1390 ss.

descrita por el dicho popular "cuanto más me pegas más te quiero". Si la mujer o el marido acepta los maltratos de su pareja (art. 442), un tercero no puede intervenir en su defensa. Un límite fundamental a esta regla lo constituye, sin embargo, la naturaleza del bien jurídico: la aceptación de que se le cause la muerte o lesiones graves no impide la legítima defensa del consintiente[409]. Esto implica que un tercero puede intervenir para impedir, por ejemplo, que el agente cometa un homicidio piadoso (art. 112). Un caso particular es el referente a ciertos bienes altamente personales; por ejemplo, la intervención con ocasión de un adulterio *in fraganti* invocando la protección de los intereses de la persona engañada. En estas circunstancias se imponen ciertas restricciones para impedir abusos respecto a la intimidad personal de terceros.

1449 Un caso límite se presenta cuando la víctima de la agresión está de acuerdo con el defensor, pero no con el medio que éste utiliza para rechazar la agresión. En el ejemplo del hurto de frutas, el propietario se opone a que el tercero utilice un arma de fuego. El tercero debe tener en cuenta la voluntad del agredido, porque la condición que éste establece supone una renuncia parcial a la protección de su bien jurídico. El criterio opuesto es válido cuando la víctima rechaza la defensa ante el temor de una futura reacción del agresor. El ejemplo muchas veces citado es el de la víctima de una toma de rehenes que renuncia a protegerse por temor a una nueva agresión por parte de los delincuentes (terroristas)[410].

1450 Al margen de estas observaciones sobre los aspectos singulares de la legítima defensa de terceros, ésta se haya sometida a las mismas condiciones que la legítima defensa propia: existe sólo si se da una agresión ilícita, si hay necesidad racional del medio empleado para rechazarla y si quien hace la defensa (en este caso, el tercero no agredido) no ha provocado de manera suficiente al agresor. Todo esto lo establece de modo expreso nuestro texto legal, evitando así los problemas de interpretación que se presentan con respecto a otros textos legales.

8. Legítima defensa presunta (*excursus*)

1451 Mediante el art. 1 de la Ley N° 23404, del 27 de mayo de 1982[411], se adicionó al art. 85, inc. 2, del CP de 1924 el párrafo siguiente: "se encuentra com-

409 Roxin, 2006a, § 15 N° 102.

410 Roxin, 2006a, § 15 N° 101.

411 Derogada mediante la puesta en vigencia del Código, en la que no se le conservaba.

prendido en el párrafo anterior, el que obrase para repeler al que pretendiera ingresar o ingrese en su casa o morada mediante escalamiento, fractura, subrepticiamente o usando violencia". De esta manera[412], se estatuyó que el titular de la casa o morada no sería reprimido por haber actuado en legítima defensa. Se trataba, pues, de una ficción consistente en suponer que la acción de defender la casa o morada reunía los tres requisitos señalados en el art. 85, inc. 2, pf. 2.

Los defectos de esta reforma eran numerosos. Si apreciamos sólo el aspecto formal, podemos señalar, por ejemplo, las siguientes incoherencias: primero, a pesar de que en el pf. 1 de la disposición citada se hacía referencia a la legítima defensa en favor de la persona o de los bienes del agredido ilegítimamente y de la persona o bienes de un tercero, en el párrafo agregado sólo se aludía al agente que repelía el ataque contra "su casa o morada" ¿Significaba esto que si no era el titular de la casa o morada quien actuaba, la ficción estatuida no le beneficiaba? Segundo, hay que destacar la imprecisión en el uso de los términos "casa o morada", sin tener en cuenta lo que disponía el art. 230 (violación de domicilio). Según esta norma, el objeto del delito era la "morada o casa de negocio ajena, en sus dependencias, o el recinto habitado por otro". De manera que cabía preguntarse, si esta misma distinción debía hacerse respecto al texto agregado a la disposición comentada. En caso de una respuesta afirmativa, la ficción entonces hubiera sido también aplicable a quien hubiese rechazado un atacante que penetrara en su "casa de negocio". Tercero, la referencia al hecho de "pretender ingresar o ingresar" en la casa o morada era incompleta, porque podía tratarse de alguien que había ingresado con el consentimiento del titular. En este caso, no cabría tampoco decir que el delincuente había ingresado "subrepticiamente", no siendo por lo tanto aplicable la ficción establecida. 1452

En cuanto a la concepción de la legítima defensa, la reforma era así mismo defectuosa. Al respecto cabe la pregunta siguiente: ¿La ficción admitida era una ficción *juris tantum o de jure*? Es decir, ¿dicha ficción admitía o no la demostración de lo contrario? Si la respuesta era afirmativa, significaba entonces que el juez debía comprobar en cada caso si se daban los requisitos fijados en el texto original del Código. De modo que cabía cuestionarse sobre la razón de una reforma que no agregaba nada a la ley y que, por el contrario, oscurecía su sentido. Si la respuesta era negativa, 1453

412 Cfr. Marinucci/Dolcini, 2006, p. 217 ss.

implicaba dar carta blanca para matar, lesionar o privar de la libertad a quien pretendiera ingresar o hubiera ingresado en casa o morada ajena. La justificación residiría en el presumible peligro que comportara la acción del atacante contra el patrimonio, la integridad física o la vida de quien defendía su casa o su morada. La exigencia según la cual la legítima defensa debe ser necesaria estaría falseada; justificándose así que, en muchos casos, para proteger el domicilio o el patrimonio se dañara la vida o la salud. Para evitar esto debían confrontarse los bienes jurídicos en conflicto; pero ello significaba volver al texto original del Código. Cabe señalar que, en este caso, la reforma implicaba a menudo una excepción a lo dispuesto en el art. 90 del CP de 1924: la legítima defensa imperfecta por la desproporción entre los bienes en conflicto o los medios utilizados por quien se defendiera, no hubiera dado lugar a una simple atenuación de la pena sino a la impunidad.

1454 El desconocimiento de lo que es la legítima defensa y del papel que desempeña en la sistemática de nuestro ordenamiento jurídico, hizo que esta reforma fuera inútil (en caso de tratarse de una presunción de *jure*) o incorrecta (en caso, de tratarse de una presunción *juris tantum*). Los motivos que la impulsaron se vinculan desde luego más al instinto de protegerse que a criterios racionales válidos. Fue una clara manifestación de la aplicación deficiente de la política criminal del "golpe por golpe". Además, el hecho de que algunos códigos, como el francés y el venezolano, contuvieran una disposición parecida a la de la Ley N° 23404, no justificaba la reforma. La reforma fue un gesto político, así de forma democrática, cristiana y popular, se invirtió la jerarquía de valores.

VII. Estado de necesidad justificante

1. Introducción

1455 Siguiendo el modelo suizo, el estado de necesidad fue definido en el art. 85, inc. 3, del CP de 1924: "obra [...] por la necesidad de preservarse de un peligro inminente e imposible de evitar de otra manera, si en las circunstancias en que se ha cometido el acto no podía razonablemente exigirse del autor el sacrificio del bien amenazado". Esta definición era deficiente, pues no incluía la protección de terceros y, además, no diferenciaba, como lo hacía ya la doctrina, el estado de necesidad, causa de justificación, del estado de necesidad, causa de no culpabilidad.

Dicha distinción fue consagrada en el § 34 del CP alemán de 1975, y ha servido de guía para la elaboración del art. 20, inc. 4, del CP de 1991[413]. Según la disposición alemana, actúa lícitamente quien "ante un peligro actual, no evitable de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad, el honor, la propiedad u otro bien jurídico, comete un hecho para alejar dicho peligro de sí o de otro, [...] siempre que de la ponderación de los intereses en conflicto y particularmente de los bienes jurídicos afectados y del grado del peligro que les amenace, resulte que el interés protegido predomina esencialmente sobre el interés dañado. Esta disposición se aplicará sólo cuando el hecho sea un medio adecuado y proporcionado para conjurar el peligro". 1456

Para comprender el art. 20, inc. 4, es imprescindible recordar los fundamentos tomados en cuenta por el legislador germano. Éstos fueron elaborados sobre la base de la regulación incompleta del CP alemán de 1875 y con referencia a los §§ 228 y 904 del CC teutón de 1900. Así, se concibió el estado de necesidad como una causa de justificación supralegal. Dos razones opuestas fueron invocadas para fundamentar su efecto justificante. Se afirmó, por un lado, que no podía ser considerado ilícito el acto típico que constituía el medio adecuado para alcanzar un fin estatuido por el Estado (teoría del fin)[414] y, por otro, que no actuaba ilícitamente quien lesionaba o ponía en peligro un bien jurídico para salvar otro de mayor valor[415] (teoría de la ponderación de bienes). Este último criterio fue admitido durante mucho tiempo por la jurisprudencia e inspiró el primer Proyecto oficial de CP alemán[416]. Muy criticado, por hacer depender de la comparación abstracta de los bienes en conflicto la preeminencia de uno de ellos, se buscó ampliarlo exigiéndose que se tuvieran en cuenta todas las circunstancias del caso concreto. 1457

Estos esfuerzos explican el tenor del nuevo § 34. La ponderación de bienes jurídicos fue remplazada por aquella de los intereses y se estatuyó que el acto debía ser el medio adecuado para alcanzar el fin decretado por el orden jurídico. La ponderación de intereses consiste en sopesar los bienes 1458

413 Exposición de Motivos, p. 15; los autores del Código no han indicado cuál versión en español utilizaron. Un análisis dogmático del art. 20, inc. 4 es realizado por Chocano Rodríguez, 2003, p. 253 ss. y Armaza Galdós, 2003, p. 283 ss. Cfr. también García Cavero, 2003, p. 627 ss.; Villa Stein, 2008, p. 390 ss.; Colmenero, en Conde-Pumpido/López Barja de Quiroga, 2007, p. 221 ss.

414 Schmidt, 1929, p. 350; Baumgarten, 1911, p. 61.

415 Binding, 1885, p. 762.

416 Niederschriften, 1958, § c II 1.

en conflicto y la intensidad de los peligros que los amenazan. Confrontar el acto con el fin admitido por el orden jurídico implica recurrir a valoraciones que van más allá de la comparación exigida y que permitan comprobar si la acción es o no el medio justo para alcanzar un fin concreto. De esta manera, se combinó la teoría de la ponderación de bienes, modificada a fondo con la referencia a los intereses, con la teoría del fin.

1459 Esta última solución es la que el legislador nacional ha tratado de adoptar en el art. 20, inc. 4. No obstante, el resultado es deficiente. Por un defecto de redacción, no se plasma con la suficiente claridad la ponderación de intereses. Esta disposición prevé como primera condición que "de la apreciación de los bienes jurídicos en conflicto afectados y de la intensidad del peligro que amenaza, el bien protegido resulte predominante sobre el interés dañado". La deficiencia se deriva de la referencia a la "apreciación de bienes jurídicos" en lugar de "apreciación de intereses", y de que se emplean los términos "bien jurídico" e "interés" como si fueran sinónimos[417].

1460 Distinguir el estado de necesidad - causa de justificación del estado de necesidad - causa de exculpación es importante tanto en teoría como en la práctica[418]. Si se trata de un caso de justificación, por ejemplo, el sujeto que sufre el perjuicio no puede actuar en legítima defensa por no existir agresión ilícita. Por el contrario, procede invocar la legítima defensa cuando el estado de necesidad sólo excluye la culpabilidad. Además, en el estado de necesidad como causa de justificación es imposible la participación delictuosa; no así en el estado de necesidad como causa de exculpación (en virtud del carácter accesorio de la participación criminal)[419].

2. Estado de necesidad y legítima defensa

1461 En sentido amplio, el estado de necesidad puede ser definido como una situación de peligro en la que la lesión de un bien jurídicamente protegido

---

417 ES del 5 de julio de 1999, Exp. N° 386-99-Lambayeque, se señala que: "La participación de los acusados en un juicio popular, en calidad de espectadores, al ser obligados bajo amenazas de muerte por elementos subversivos, no configura el delito de terrorismo, al presentarse en tal contexto de acción un estado de necesidad justificante que exime de responsabilidad", cfr. CARO JOHN, 2007, p. 238 ss.

418 JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 33 I 1; JAKOBS, 1991, 13/2; MAURACH/ZIPF, 1992, § 27 N° 3 ss.; LENCKNER/PERRON, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 35 N° 1; WESSELS/BEULKE, 1980, N° 435; RUDOLPHI, en SK, AT 1, § 35 N° 1; BAUMANN/WEBER/ MITSCH, 2003, § 17 N° 43; MARINUCCI/DOLCINI, 2006, p. 224 ss.

419 Cfr. *infra* N° 2220 ss.

aparece como el único medio para salvar un bien del agente[420]. Así concebido, el estado de necesidad comprende la legítima defensa, la que constituiría un caso especial del mismo.

Sin embargo, entre ambas causas de justificación existen diferencias que no 1462
sólo dependen de una relación lógica de subsidiaridad. Basta señalar, por ahora, que en el estado de necesidad el bien lesionado y el bien preservado son protegidos de la misma manera por la ley, y que el titular del bien jurídico que ha sido perjudicado es un tercero ajeno a la situación de peligro. En cambio, en la legítima defensa el bien jurídico lesionado pertenece a quien efectúa la agresión ilícita, haciéndose, en consecuencia, merecedor de tal lesión. Además, si el origen del peligro, en la legítima defensa, es siempre un comportamiento humano, en el caso del estado de necesidad también puede ser un fenómeno de la naturaleza.

Como en la legítima defensa, en el estado de necesidad hay que distinguir, 1463
por un lado, el aspecto objetivo, constituido por una situación de peligro y por una acción necesaria para descartar el riesgo y, por otro, la voluntad de salvar el bien amenazado.

3. Peligro

La exigencia de que un bien se encuentre en peligro implica una situación 1464
de la cual éste puede resultar perjudicado. Poco importa, sin embargo, la intensidad del riesgo, pues basta que exista un mínimo de probabilidad de que se produzca un daño.

Para saber si la situación es peligrosa, deben apreciarse, de manera objetiva 1465
y *ex ante*, las circunstancias que la constituyen[421]. Pero, la apreciación subjetiva de la persona sobre la situación en que se encuentra no es decisiva, porque se trata de una situación real y no sólo imaginada por el titular del bien jurídico en cuestión. El juicio de apreciación debe, por tanto, ser formulado por un tercero según los conocimientos que, en el momento de la acción, se tenga de los factores presentes o con los que debería contarse en

420 Mir Puig, 1998, p. 450 ss.; Luzón Peña, 1978, p. 69 ss.; cfr. Castillo González, 2009, II, p. 245 ss.

421 Jescheck/Weigend, 1996, § 33 IV 3a; Lenckner/Perron, en Schönke/Schröder, 2006, § 34 N° 13; Wessels/Beulke, 1980, N° 304; Otto, 1998, § 8 N° 166; Baumann/Weber/Mitsch, 2003, § 17 N° 48; Trechsel, 2008, Art. 17 N° 3 ss.; Mir Puig, 1998, p. 461; Quintero, 2002, p. 517.

relación con la experiencia común[422]. En ciertos casos, sin embargo, será necesario recurrir a expertos.

1466 El origen del peligro puede ser un fenómeno natural o una actividad humana. Algunos autores, no obstante, han pretendido fundamentar la diferencia entre la legítima defensa y el estado de necesidad considerando que en la primera el peligro proviene del obrar de una persona, mientras que en el segundo tiene su origen en un suceso natural o, en todo caso, ajeno a la acción de una persona culpable. Este criterio no es correcto. El agente que lesiona a un tercero inocente para huir de un criminal que lo persigue, actúa en estado de necesidad y esto justifica su acto. De la expresión "peligro actual" (texto legal), no se puede deducir una conclusión diferente, pues, no establece distinción alguna en cuanto a la fuente del mismo.

a. Actualidad del peligro

1467 La fórmula "peligro actual" debe ser interpretada con cierta amplitud[423]. En primer lugar, significa que el desarrollo del suceso se dirige de manera inmediata a la producción del resultado. Es la inminencia a la que se refería el CP de 1924. Se trata a menudo del efecto de un ataque instantáneo. Por ejemplo, en caso de un incendio, el peligro es inminente cuando el fuego no ha alcanzado aún las proporciones que lo caracterizan, pero las circunstancias muestran que hay riesgo serio de que próximamente se produzca un perjuicio. La intervención puede tener lugar de manera inmediata, puesto que más tarde podría resultar muy problemática, en el sentido de que la amenaza sería conjurada con mucha dificultad. No es necesario entonces que la persona, por ejemplo, esté por sufrir efectivamente una lesión grave.

1468 El peligro también es actual cuando la situación riesgosa perdura y puede, aun cuando no de manera cierta, dar lugar a un daño. Por ejemplo, el estado ruinoso de un edificio o el hecho de aterrorizar a una persona mediante actos de hostigamiento y violencia. La reacción de quien sufre la molestia y la violencia es justificada si, al regresar una noche a su casa, sorprende al responsable oculto en el jardín y dispara contra él, lesionándolo levemente[424]. Entre nosotros, se ha apreciado, desde la vigencia del CP de 1924, de manera bastante amplia esta situación. Por ejemplo, se ha reconocido que actuó en estado de necesidad quien -enfermo de tuberculosis a la laringe-

---

422 Lenckner/Perron, en Schönke/Schröder, 2006, § 34 N° 13 ss.

423 Baumann/Weber/Mitsch, 2003, § 17 N° 56 ss.

424 Roxin, v, § 16 N° 18.

se apropió del dinero producto de las ventas que se le habían encargado realizar.

b. *Imposibilidad de evitar de otra manera el peligro*

La realización del acto típico, objeto de la justificación, debe ser el medio tanto apropiado para evitar el peligro, como extremo al que debe recurrirse[425]; es decir, no debe existir otro menos dañino (exigencia de la *ultima ratio*). Así, quien se encuentra en peligro debe determinar, antes de lesionar el bien jurídico de un tercero, si fuera posible preservar el suyo sea causando un perjuicio menor, sea alejándose del apremio en el que se encuentra, o solicitando ayuda a terceros. De las diversas posibilidades que tiene para salvaguardar su bien debe escoger aquella que no implique perjudicar al tercero inocente o que constituya el mal menor. 1469

El peligro en el que se encuentra uno de los bienes del agente y la necesidad de dañar el bien de un tercero (víctima del acto típico) no bastan para que el acto típico cometido sea justificado. Esto se explica porque en el estado de necesidad prima el interés de descartar un peligro y no, como en la legítima defensa, el de hacer prevalecer el derecho sobre lo ilícito[426]. Los titulares de los bienes en conflicto están en este caso igualmente protegidos por el ordenamiento jurídico. Es decir, ninguno de ellos -en la situación concreta- se ha puesto fuera de dicha protección mediante la comisión de un acto ilícito (como es el caso del agresor en la legítima defensa). Por eso el estado de necesidad tiene en efecto un carácter subsidiario. 1470

En esta perspectiva, resulta correcto que se establezcan condiciones estrictas para que el estado de necesidad pueda justificar un acto típico. Éstas son, por supuesto, más restrictivas que las estatuidas con respecto a la legítima defensa, reconocida como el ejercicio de un derecho. 1471

4. Proporcionalidad

a. *Bienes jurídicos*

El art. 8, inc.7, del CP de 1853, declaraba exento de responsabilidad criminal al agente "que en la propiedad ajena causa un mal para evitar otro mayor, siempre que éste sea efectivo y no pueda emplear otro medio menos 1472

425 Cfr. Marinucci/Dolcini, 2006, p. 227 ss.; Mir Puig, 1998, p. 468 ss.; Quintero, 2002, p. 519.

426 Roxin, 2006a, § 16 N° 19.

perjudicial". Así, preveía la protección de todo bien, pero sólo autorizaba que se lesione la propiedad, bien de menor valor[427].

1473 En el CP de 1924, se facultaba a la persona que se encontraba en estado de necesidad para salvaguardar cualquiera de sus bienes lesionando un bien ajeno para salvar el suyo. Pero, no se preveía la protección de bienes pertenecientes a una tercera persona. Esta restricción demostraba la supervivencia de la influencia española. Como ya lo hemos indicado, la regulación prevista en el Código derogado ha sido abandonada en favor del modelo alemán.

1474 La deficiente redacción del art. 20, inc. 4, pf. 1, del Código crea malentendidos respecto a los bienes jurídicos cuya puesta en peligro da lugar al estado de necesidad. El legislador sólo menciona la vida, la integridad corporal y la libertad, lo que puede dar a entender que sólo ha querido considerar los bienes jurídicos individuales y personales. En efecto, la cláusula general "u otro bien jurídico" debería ser interpretada analógicamente con referencia a los mencionados. Además, la comprensión de la norma se complica aún más si se recuerda que el § 34 del CP alemán, menciona también el patrimonio, que ha sido omitido en nuestro texto legal. Esta omisión permitiría suponer que no se creyó conveniente mencionar este bien jurídico por considerarse que los otros bienes personales no podían ser sacrificados de ningún modo en su favor.

1475 En Alemania, la jurisprudencia y la doctrina[428] son contestes en afirmar que es objeto de protección todo bien jurídico, incluso los bienes colectivos (p. ej.: seguridad del tráfico, interés en la existencia del Estado). El fundamento de esta tesis consiste en que el estado de necesidad no se basa en el principio de la protección del individuo (propio de la legítima defensa) sino que sólo busca evitar, como ya lo hemos afirmado, la lesión de un bien protegido por el orden jurídico. Por eso, cabría afirmar que nuestra disposición legal debería ser en principio interpretada con esta misma amplitud, pues, no existen razones legales o de política criminal en favor de la interpretación formal y restrictiva esbozada en el párrafo anterior. Sin embargo, la aceptación del estado de necesidad con relación a los bienes jurídicos colectivos no debe comportar una desnaturalización de la no aplicación de la legítima defensa respecto a éstos. Tampoco debe

427 ES del 20 setiembre de 1995, Exp. N° 281-95, en Meza, 1996, p. 42.

428 Roxin, 2006a, § 16 N° 9; Jescheck/Weigend, 1996, § 33 IV 2 a; Gropp, 1997, § 6 N° 112; Wessels/Beulke, 1980, N° 288; Baumann/Weber/ Mitsch, 2003, § 17 N° 51 ss.

significar reconocer al Estado un derecho general en relación con el estado de necesidad, ni imponer el deber correlativo a los particulares[429]. Además, los órganos estatales no pueden justificar sus intervenciones invocando un estado de necesidad general, debido a que sus actuaciones siempre deben tener una base legal específica.

b. Preeminencia del bien salvado

1476 En el inc. 3 del art. 85 del CP de 1924, el estado de necesidad era concebido como un conflicto de bienes jurídicos: por un lado, el bien de quien actuaba y, por el otro, el bien de un tercero. Para no sancionar al primero por el daño que causaba a este último, era necesario, además de la inminencia del peligro y de la imposibilidad de evitarlo de otra manera, que no pudiera "razonablemente" exigírsele "el sacrificio del bien amenazado". De este modo, no se mencionaba de modo explícito la ponderación de bienes jurídicos. La referencia al carácter razonable de tal exigencia (renunciar al bien) no suponía que dicho bien debiera ser siempre menos importante que el del tercero. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia interpretaron la norma conforme al criterio de la "ponderación de bienes".

1477 En el Código, como ya lo hemos indicado, prevalece la idea de la "ponderación de intereses", que debe ser practicada comparando los bienes y la "intensidad del peligro que los amenaza"[430]. Por esta razón, la regulación establecida en el art. 20, inc. 4, es mejor que la del art. 85, inc. 4, del CP de 1924.

1478 El interés protegido debe ser determinado teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto[431]. Esto implica un rechazo neto del tradicional criterio de la comparación abstracta de los bienes en conflicto, pero también la imposibilidad de establecer una regla absoluta aplicable a todos los casos particulares[432]: los diversos criterios que se establezcan serán, pues, siempre de aplicación parcial y nunca producirán las mismas consecuencias respecto a todos los hechos. Además, como en toda apreciación de valor, los criterios personales y las directivas de política criminal que se acepten desempeñan un papel importante. Un ejemplo claro de la influencia de los criterios de valor es la admisión de la idea según la cual no proce-

429 Bustos, 1989, p. 220 ss.

430 Villa Stein, 2008, p. 362 ss.

431 Mir Puig, 1998, p. 470 ss.

432 Roxin, 2006a, § 16 N° 22; Jakobs, 1991, 13/33; Lenckner/Perron, en Schönke/Schröder, 2006, § 32 N° 45; Gropp, 1997, § 6 N° 128 ss.; Baumann/Weber/ Mitsch, 2003, § 17 N° 68.

de ponderar una vida humana frente a otra, aun en los supuestos de peligro colectivo (caso de los náufragos que matan a uno de sus compañeros y practican la antropofagia para poder sobrevivir). Quien sacrifica la vida de una persona para salvar la vida de otra, acorta de manera arbitraria la vida de la primera sin estar del todo seguro de la evolución de la situación y de la manera cómo culminará. El fundamento de esta tesis es que el derecho no puede admitir, primero, que existan vidas que se valoren más que otras y, segundo, que se imponga el derecho del más fuerte.

1479 De todos los criterios que pueden ser aplicados, la índole y la graduación de las penas fijadas en las disposiciones penales constituyen, en ciertos casos, un punto de partida eficaz. Así, la mayor severidad con la que se reprimen los delitos de homicidio respecto a los delitos de aborto y de lesiones muestra que, según nuestro ordenamiento jurídico, el bien jurídico "vida" prevalece frente a los bienes jurídicos vida embrionaria e integridad corporal o salud. En este contexto, se puede considerar que para salvar la vida de una persona resulta válido dañar cualquier otro bien jurídico y que el patrimonio puede, por la misma razón, ser sacrificado en beneficio de los bienes jurídicos "salud" o "integridad corporal"; así como para salvaguardar intereses generales, por ejemplo, el médico que, sin la autorización del enfermo y para evitar que la conviviente de éste sea contaminada con el virus del sida, revela a ésta que su compañero es seropositivo. Sin embargo, este criterio debe ser mitigado[433] debido a que la amenaza penal no sólo depende de la importancia de los bienes jurídicos, sino también de la naturaleza del ataque. Además, no hay que olvidar el carácter subsidiario del derecho penal: no todo bien jurídico debe ser protegido penalmente, sobre todo cuando existen otras posibilidades para impedir que sea atacado. Por último, también hay que tener en cuenta quelas penas previstas en la ley, para un buen número de delitos, son casi de la misma severidad.

1480 De todo esto se deduce que resulta insuficiente la simple comparación de los bienes considerando las escalas establecidas en la parte especial. En la ley, se dispone expresamente que debe considerarse la intensidad del peligro que amenaza el bien jurídico protegido. En esta perspectiva, hay que apreciar, por ejemplo, la posibilidad de proteger el bien jurídico en la situación concreta, el tipo de perjuicio real que lo afectará para salvarlo, la amplitud del perjuicio material que amenaza a los bienes jurídicos en conflicto. Así, no se puede excluir del todo el sacrificio de la vida de una

[433] Stratenwerth, 2005, § 10 N° 44.

persona (rehén en poder de terroristas) para salvar diversos e importantes intereses del Estado[434]; tampoco se puede excluir lesionar de modo leve a un individuo para evitar un daño patrimonial de gran magnitud. Además de la importancia del bien, también hay que tener presente la gravedad del ataque, ya que lo esencial es que el mal a evitar sea mayor que el mal que se infiere[435].

1481 También se protege el interés preponderante cuando el agente descarta un peligro concreto creando un peligro abstracto. Es decir, cuando causa un mal menor con la convicción de que, si se abstiene de actuar, se producirá con mucha probabilidad un resultado más grave[436]. Así, el que conduce su automóvil en estado de ebriedad (art. 274) para transportar a un lesionado grave al hospital (peligro para la integridad corporal o la vida). La duda surge sin embargo cuando se piensa que el conductor ebrio pudo haber escogido otro medio para neutralizar el peligro: por ejemplo, solicitar auxilio a la policía o los servicios de un taxista[437]. También actúa lícitamente el conductor que, para alertar al chófer del coche que le precede del mal estado de una de sus ruedas, sobrepasa el límite de velocidad; el médico que no respeta la luz roja para llegar a tiempo y poder atender a una persona herida de gravedad; o quien le quita al propietario las llaves de su automóvil para impedirle conducir en estado de embriaguez[438].

1482 Cuando el o los bienes en conflicto son altamente personales, el derecho del titular a disponer del suyo de manera autónoma desempeña un papel importante en el momento de apreciar la proporcionalidad. Así, aun cuando se den todas las condiciones del estado de necesidad, no se puede extraer de un individuo, sin su autorización, uno de sus órganos para salvar la vida de un tercero. Este criterio se fundamenta, en general, en el respeto de la dignidad personal, el cual es incompatible con el hecho de que la persona sea utilizada como un medio o cosa. Sin embargo, si se aplicara de manera absoluta tal criterio llevaría a situaciones inaceptables; por ejemplo, cuando se trata de perjuicios o puestas en peligro poco importantes de dichos bienes. Por el contrario, es inaceptable que sean afectados en su núcleo intangible. Al respecto, hay que recordar que se acepta la limitación de esos derechos a través de medidas administrativas; pero siempre y cuando exis-

434 Roxin, 2006a, § 16 N° 27.

435 Bustos, 1989, p. 221.

436 Stratenwerth, 2005, § 10 N° 44; Roxin, 2006a, § 16 N° 38 ss.

437 Roxin, 2006a, § 16 N° 40.

438 Jescheck/Weigend, 1996, § 33 IV b.

ta una base legal (p. ej., someter a cuarentena o aplicar una vacuna en caso de epidemia, extraer sangre para efectuar un control de alcoholemia).

1483 De todo lo expuesto resulta que lo esencial es que la preponderancia de los intereses de quien se protege del peligro sea establecida con claridad en relación con la situación concreta. Si existen dudas sobre este aspecto, el efecto justificante del estado de necesidad es excluido. Por el contrario, basta que se dé la preeminencia sin importar que sea notablemente mayor.

5. Estado de necesidad ante situación de peligro creada por el agente

1484 Cuando la situación de peligro es creada, intencional o culposamente, por la misma persona que se ve obligada a salvar el bien jurídico amenazado, el efecto justificante del estado de necesidad no es excluido de modo automático. No obstante, si se trata del estado de necesidad como causa de exclusión de la culpabilidad la situación varía, pues, el art. 20, inc. 5, pf. 2, dispone que no procede su aplicación cuando el agente "causó el peligro". La previsión de esta restricción, a diferencia de lo dispuesto respecto al estado de necesidad justificante, se explica porque el agente actúa ilícitamente[439]. Por consiguiente, nuestra ley no puede ser interpretada en el sentido del criterio tradicional según el cual[440], en los supuestos en que la situación de peligro haya sido creada por el agente, está excluida de antemano toda posibilidad de justificación del acto típico cometido en agravio de un tercero.

1485 Este último criterio es demasiado rígido y su aplicación produce resultados inaceptables. Así, es poco racional considerar ilícito, por ejemplo, todo daño causado al patrimonio de una persona, por quien trata de salvar su vida o la de un niño ante la situación de peligro que el mismo ha creado. Además, la situación de hecho en que se encuentre el responsable del conflicto de intereses no tiene que significar siempre ausencia de voluntad de actuar conforme al orden jurídico (elemento subjetivo de las causas de justificación). La voluntariedad o imprudencia con la que el sujeto crea la situación de peligro concierne, precisamente, a la creación del conflicto de intereses y, en consecuencia, no puede constituir el fundamento para castigar al agente que salva un bien jurídico más importante en detrimento de uno de menor valor. Además, si fuera admitido el criterio tradicional -que

---

439 ROXIN, 2006a, § 16 N° 51; LENCKNER/PERRON, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 34 N° 42.

440 Resumido muy bien por BINDING, 1885, p. 778, de la manera siguiente: "*Wer sich en Gefahr begeben hat, komme drin um*" ("Quien se expone a un peligro, perece en él").

aquí se ha criticado-, el estado de necesidad no se aplicaría sino de manera excepcional, es decir, cuando el peligro fuera imprevisible.

Así, por ejemplo, quien luego de ingerir un veneno, abandona la idea de suicidarse y, para salvarse, obliga mediante amenazas a un taxista para que lo conduzca a la asistencia pública (art. 151), podrá alegar que obró de modo justificado en estado de necesidad. Su bien jurídico vida es más importante que el bien jurídico "libertad individual" del chófer coaccionado, ponderación que es además conforme a la intensidad del peligro. A pesar de que injirió voluntariamente el veneno, sus bienes no pierden la protección que merecen según su importancia. Con mayor razón, debe aceptarse la misma solución si la situación de peligro fue creada por imprudencia: accidente de circulación debido al exceso de velocidad, por ejemplo. 1486

No obstante, la creación intencional o imprudente de la situación de peligro debe tomarse en consideración, junto a las demás circunstancias concretas, al ponderar los intereses para determinar si los bienes del culpable aún pueden ser salvados en detrimento de los de terceros. En efecto, por más importantes que sean en comparación con los perjudicados, el autor no puede esperar que la protección de sus bienes pueda ser considerada siempre preponderante en relación con la protección de los bienes de aquellos. Así, el espectador que, mediante una falsa alarma, pone en peligro la vida o la salud de las personas presentes en la sala de cine no puede invocar el estado de necesidad para justificar las lesiones que provoca a un tercero para salvar su vida, puesta en peligro por la multitud aterrorizada. La situación es más clara cuando el peligro creado sea sólo un instrumento para dañar los bienes jurídicos de terceras personas o, al menos, cuando el agente prevé[441] que dada la situación de riesgo deberá necesariamente perjudicar los bienes de éstas para evitar los posibles daños. 1487

Uno de los argumentos a los que ha recurrido la doctrina[442] para responsabilizar a quien causa un daño a consecuencia de un estado de peligro que el mismo ha creado intencional o culposamente, ha sido el criterio de la *actio illicita in causa*, según la cual la producción del perjuicio de los bienes de terceros ha sido puesta en marcha por dicho comportamiento previo. Este criterio debe, sin embargo, ser rechazado. Ante todo, hay que señalar que el perjuicio causado no puede ser al mismo tiempo lícito (debido al estado de necesidad que permite salvar el bien preponderante) e ilícito (lo que justifi- 1488

441 Trechsel/Noll, 2004, p. 121 ss.

442 Baumann/Weber/Mitsch, 2003, § 17 N° 37; Schmidhäuser, 1975, p. 360.

caría la represión), salvo que se considere esta última como una ficción. En esta circunstancia, se debería admitir que existe desde el momento en que se crea la situación de peligro, de la misma manera que la imputabilidad es admitida en el instante en que el agente se coloca en estado de incapacidad, con el fin de cometer un delito o prevé la posibilidad de dañar a un tercero (*actio libera in causa*). Además, dicho criterio tiene el inconveniente de sólo poder aplicarse a los delitos de resultado. En caso de delitos formales o de pura actividad no es posible imaginar que el inicio de su ejecución es el momento en que el agente crea la situación de peligro. Por ejemplo, cuando un andinista, sin tomar las precauciones necesarias comienza a ascender y, luego, sorprendido por el mal tiempo, debe penetrar en un refugio privado, sin la autorización respectiva, para poner a salvo su vida o integridad física. El hecho de crear el peligro previo no puede ser calificado como comienzo de la ejecución del delito de violación de domicilio (art. 159).

1489 El criterio de la *actio illicita in causa* revela su deficiencia también en el caso del conductor que provoca por culpa un accidente y no permanece en el lugar de los hechos porque quiere escapar a la reacción violenta de las personas que han presenciado lo sucedido. Su huida constituye una falta según las reglas de tránsito, pero no puede decirse que su realización comenzó con la creación del peligro mediante culpa. La falta puede ser justificada si se comprueba que su integridad corporal es el bien preponderante frente a la salud del accidentado. Reprimirlo significaría entonces que su acción imprudente equivale a la de huir o alejarse del lugar del accidente. La culpa en que incurre el agente al crear la situación de peligro no debe excluir de manera absoluta el estado de necesidad. Ella sólo constituye un factor, aunque importante, que debe ser considerado al determinar la proporcionalidad de los intereses en conflicto.

6. Deber de soportar un peligro

1490 Contrariamente a lo previsto en el art. 20, inc. 5, pf. 2, respecto al estado de necesidad excluyente de culpabilidad, no se dispone, expresamente, en relación con el estado de necesidad justificante que el agente deba aceptar o soportar el peligro cuando está "obligado por una particular relación jurídica". Sin embargo, se le puede considerar implícita en la condición restrictiva según la cual, debe "emplear un medio adecuado para vencer el peligro" (art. 20, inc. 5, pf. 1), ya que el medio adecuado sólo puede determinarse si se tiene en cuenta cuál es el deber del sujeto.

Soportar ciertos riesgos, no sacrificarse, es una obligación de índole jurí- 1491
dica, no moral ni siempre legal[443]. Si fuera de carácter moral significaría entonces que el orden jurídico exige que las personas concernidas se comporten como héroes o santos. Esto no es propio de un derecho penal liberal, ni conforme a una política criminal racional y humanitaria. Tampoco es necesario que dicha obligación esté siempre prevista en una ley: esta interpretación formalista y limitativa conduciría a graves incoherencias. El orden jurídico impone, en estos casos, a los individuos la obligación de asumir un riesgo más importante que el impuesto en general al común de las personas.

Las personas concernidas por este deber lo son en relación con un oficio, 1492
profesión o cargo. Entre ellas cabe señalar, por ejemplo, a los militares, policías, bomberos, salvavidas, médicos, jueces. El capitán no debe ser el primero en abandonar su barco en caso de naufragio. El juez[444] no puede justificar un prevaricato alegando simplemente haberlo cometido bajo la amenaza de muerte de los compinches de los maleantes que ha juzgado. En tal situación, debe informar a sus superiores competentes, solicitar protección y asumir su parte de riesgo. En todo caso, ante la certeza de ser matado o dañado gravemente en sus intereses, ante la indiferencia, ineficacia o corrupción de sus superiores o de la policía frente a su caso, el juez puede considerar que su acto típico (art. 418) es justificado por haber actuado en estado de necesidad.

En la mayor parte de las situaciones, sin embargo, el deber de asumir el 1493
peligro es un factor que debe tenerse en cuenta para decidir sobre la proporcionalidad de los intereses en el caso concreto. Cuando haya duda, se considerará si es factible admitir que el agente no será reprimido por admitirse el estado de necesidad excluyente de la culpabilidad.

7. Medio adecuado

La formulación "cuando se emplee un medio adecuado para vencer el peli- 1494
gro" parece referirse a los instrumentos y modos de actuar a los que recurre el agente para descartar los riesgos que corre uno de sus bienes jurídicos. De modo que habría que comprobar si la acción salvadora es apropiada en relación con el peligro. Esta comparación, sin embargo, constituye justa-

443 Bustos, 1989, p. 219; Mir Puig, 1998, p. 478..

444 Roxin, 2006a § 16 N° 56.

mente uno de los factores para esclarecer cuál es el interés preponderante. En efecto, no basta, según el art. 20, inc. 4, lit. a, ponderar los bienes en conflicto, sino que hay que considerar "la intensidad del peligro que amenaza". Una vez aceptado el hecho de que el agente ha actuado conforme al "interés preponderante", no se puede afirmar luego, sin contradicción, que su acción (es decir el "medio", en el texto legal) no era "adecuada".

1495 Esta cuestión se comprende mejor si se tiene en cuenta § 34, inc. 2 del CP alemán, fuente legal del art. 20, inc. 4. Según la disposición germana la regulación del estado de necesidad se "aplicará sólo cuando el hecho sea un medio adecuado y proporcionado para conjurar el peligro"[445]. Contrariamente al texto peruano, el alemán se refiere claramente a la adecuación del "hecho" (acción) que el agente utiliza como "medio" para evitarlo. Al respecto, hay que recordar el intenso debate que tiene lugar en Alemania respecto a la interpretación de esta condición legal. De la parca exposición de motivos del Código, resulta imposible saber si los que redactaron el art. 20, inc. 4, pf. 2, conocían o no dicha controversia. Para una parte de la doctrina alemana, la cláusula "*nur, soweit die Tat ein angemessenes Mittel ist, die Gefahr abzuwenden*" (similar a la nuestra: "se emplee un medio adecuado para vencer el peligro") constituye una redundancia, pues, esta exigencia ya está considerada en la determinación del interés preponderante (§ 34, primer apartado del CP alemán y art. 20, inc. 4, lit. a, de nuestro Código)[446]. Este defecto de técnica legislativa se explica históricamente[447].

1496 Contra esta opinión, la doctrina dominante, en Alemania, estima que el apartado 2 del § 34 estatuye un segundo nivel de valoración del estado de necesidad. Valoración que concierne el "sentido ético-social que corresponde a la acción realizada en estado de necesidad y apreciada en el marco del ordenamiento jurídico en su conjunto"[448]. Así, la acción no sólo debe conservar el bien jurídico en peligro, sino también ser adecuada. Es decir, digna, apropiada, permitida según los intereses superiores de la comunidad. Esta interpretación es discutible porque la evaluación del conflicto de intereses, prevista en la primera regla, sólo puede ser realizada teniendo en cuenta los criterios de valor reconocidos por el ordenamiento jurídico.

---

445 LENCKNER/PERRON, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 34 N° 46; BOCKELMANN/VOLK, 1979, p. 100; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 33 IV 2 d; Cfr. ROXIN, 2006a, § 16 N° 86.

446 BAUMANN/WEBER/ MITSCH, 2003, § 17 N° 83.

447 Cfr. *supra* N° 1505 ss.

448 JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 33 IV 3 d.

Habría más bien que establecer un límite a la ponderación de intereses, 1497
en lugar de fijar un segundo nivel autónomo de valoración. Así, la ponderación de intereses no quedaría entregada a un juicio de valoración libre, sino que estaría sujeta a la necesidad de garantizar el Estado de Derecho, el mismo que puede no ser respetado si se busca la solución del conflicto mediante un mero balance positivo de intereses[449]. Dicho límite consiste en considerar que la dignidad de la persona, fundamento social del Estado de derecho, es el criterio absoluto para efectuar toda ponderación de intereses. De modo que la acción que vulnera la dignidad humana nunca puede ser considerada como adecuada para preservar intereses, cualesquiera que sean. En esta línea, la regulación del estado de necesidad[450], debe ser siempre interpretada en este sentido. Para aclarar esta interpretación, se da[451] el ejemplo siguiente: después de una toma de rehenes los terroristas exigen la liberación de sus compañeros detenidos en una cárcel. Con el fin de obtener informaciones sobre el lugar probable dónde los rehenes pueden haber sido ocultados y poder así salvarles la vida, se piensa en torturar a los terroristas prisioneros ajenos a la comisión del crimen. Objetivamente, podría considerarse justificada tal práctica debido a que los intereses de los rehenes inocentes serían preponderantes respecto a los de los terroristas encarcelados. La vida de los primeros sería salvada y los terroristas sólo sufrirían restricciones en su integridad corporal y dignidad personal. Sin embargo, el carácter fundamental de esta última impide que se justifique el recurso a la tortura, aun en la situación dramática descrita en el ejemplo. Así mismo, la cláusula de la "adecuación del medio" debe ser comprendida en el sentido de que la violación de la dignidad de la persona jamás puede ser considerada como apropiada para la salvaguardia de intereses. Dicho de otra manera, la protección de la dignidad humana no puede ser objeto de una valoración que conduzca a debilitarla.

De esta manera, en la práctica, pueden apreciarse mejor los casos límites 1498
en los que la preponderancia de un interés existe sin que sea sin embargo conveniente admitir la justificación del hecho en consideración de la valoración global comunitaria. Una sociedad solidaria no puede dejar de exigir un mínimo de disponibilidad individual a sacrificarse en pro de terceros. Pero, al mismo tiempo, tampoco puede dejar de garantizar que el núcleo de los derechos humanos será salvaguardado. En esta perspectiva, la cláusula

449 Jakobs, 1991, 13/36.

450 Roxin, 2006a, § 16 N° 86.

451 Roxin, 2006a, § 16 N° 85.

de la adecuación favorece a que se tengan debidamente en cuenta los intereses personales cuando hay que establecer las relaciones entre el derecho a la autodeterminación y el principio de solidaridad. Un caso muy discutido es el de la extracción de sangre a una persona sin su consentimiento para salvar a otra que está en peligro de muerte.

1499 La cuestión consiste, por último, en precisar si el Estado de derecho debe o no dejar en manos de cada individuo la libertad de decidir sobre los conflictos morales que afectan directamente a su dignidad personal. Esto lleva a plantearse que si bien no hay por qué reconocer un deber general de ayuda a terceros, resulta a veces conveniente aceptarlo en casos particulares o excepcionales (p. ej., entre cónyuges, padres e hijos, soldados en el frente de guerra). Sin pretender establecer reglas absolutas, debido a las circunstancias peculiares de las situaciones concretas, hay que admitir que cuando se trata de bienes jurídicos individuales, el derecho a la autodeterminación juega un papel decisivo. Y este derecho pesa en favor del bien jurídico atacado y en contra del bien a salvarse. No se justifica, en consecuencia, extraer un riñón a una persona sin su consentimiento para salvar a un paciente que se halla en peligro de muerte.

1500 La importancia de la autonomía de disponer de un bien jurídico no constituye siempre el criterio decisivo en la ponderación de los intereses en conflicto. En ciertas ocasiones de poca relevancia, puede reconocerse preponderante salvar el bien aun cuando el acto suponga tanto la lesión de otro, como la violación del derecho a disponer de él. Por ejemplo, el caso de la extracción no consentida de sangre de un grupo sanguíneo específico para salvar la vida de otra persona. A favor de esta excepción cuenta el hecho de que el mismo ordenamiento jurídico estatuye limitaciones al ejercicio del derecho a la libertad de decidirse, consagrado en la Constitución, con respecto a los bienes salud e integridad corporal. En el TP del Código Sanitario (art. VI), se dispone que "ninguna persona puede eximirse de las obligaciones impuestas por las normas de salud". Además, en las competencias de las autoridades de salud, se menciona, por ejemplo, "el empleo de la fuerza pública para el cumplimiento de las medidas ordenadas a efecto de hacer posible su acción sobre las personas y las cosas" (art. 8, lit. c). En contra, se argumenta que de esta manera se utiliza a una persona como simple medio; lo que constituye un grave atentado contra su dignidad. Esta objeción supone, sin embargo, una hipertrofia del respeto de la dignidad humana que contradice el mismo derecho de salvar bienes jurídicos fundamentales causando perjuicios insignificantes. En el caso de la extracción

de sangre no consentida, significaría entonces que habría que dejar morir al individuo en peligro. La dignidad de la persona no es siempre lesionada por actos coercitivos de poca importancia que son realizados para proteger ciertos bienes jurídicos fundamentales[452].

8. Casos particulares

En los ejemplos dados hasta ahora, el conflicto de intereses concierne sobre todo a dos o más personas. Sin embargo, el estado de necesidad justificante también entra en consideración cuando dicho conflicto se presenta entre intereses pertenecientes al mismo individuo. El caso citado con más frecuencia, es el del bombero que se enfrenta a la disyuntiva de lanzar o no a un niño sobre la lona de salvamento para evitar su muerte segura, pero con el riesgo de causarle una lesión. Si esto último sucede, el bombero habrá actuado en estado necesidad justificante. La mayor parte de las veces, se tratará sobre todo de casos relativos al consentimiento presunto: el agente, en lugar de decidir sobre un conflicto de intereses, deberá entonces actuar considerando cuál hubiera sido la decisión que hubiera adoptado el titular del bien jurídico en peligro. Por ejemplo, el médico que debe decidir si amputa una pierna al accidentado inconsciente y en peligro de muerte[453]. En consecuencia, la ponderación objetiva de los intereses en conflicto no entra en consideración. 1501

Un caso especial se da cuando los bienes jurídicos en conflicto pertenecen a la misma persona, de modo que uno de éstos debe ser sacrificado para salvar el otro. Por ejemplo, el médico que debe practicar una transfusión de sangre a una persona, quien, por convicciones religiosas no admite dicha intervención. En este caso, análogo al estado de necesidad, el acto necesario afecta la esencia o núcleo intangible de la libertad de creencia, la cual constituye un aspecto substancial de la dignidad personal. Sin embargo, si tal rechazo sólo tiene el objetivo de suicidarse, hay que distinguir si la persona concernida es o no capaz de tomar la decisión de morir. Si lo es, el derecho a la autodeterminación personal prima y, por lo tanto, el acto necesario cometido no puede ser justificado. Pero si la persona es incapaz, hay que tener en cuenta su voluntad presunta y debe intervenirse como lo haría quien debe administrar favorablemente los intereses que se le hubieran encomendado mediante un mandato. Sobre todo, si se piensa que la 1502

[452] Roxin, 2006a, § 16 N° 44.

[453] Roxin, 2006a, § 16 N° 88.

persona en cuestión puede haber cambiado de opinión en el último momento, hecho que podría ser la causa del fracaso del suicidio. En realidad, se está frente a un conflicto de deberes[454].

1503 Los órganos del Estado también pueden pretender que algunos de sus actos sean justificados por el estado de necesidad. Sin embargo en los casos en los que el conflicto entre la conservación de intereses públicos y la protección de intereses particulares se presente, debe considerarse que el estado de necesidad no debe se aplicado de manera automática en favor de los primeros.

9. Elemento subjetivo

1504 El agente debe ser consciente tanto de la situación de peligro como de la necesidad de proteger el interés preponderante[455]. La protección de este interés debe constituir el fin decisivo de su comportamiento. Poco importa, sin embargo, que obre, por ejemplo, por ambición personal o para obtener una ventaja pecuniaria. Esto se desprende del mismo texto de la disposición legal. Según la primera parte del inc. 4 del art. 20, el agente debe "realizar un hecho destinado a conjurar" el peligro en el que se encuentra o se halla otra persona. Si ésto no ha sido su finalidad, habrá cometido sólo una tentativa: el resultado de su acción no representa un desvalor por ser objetivamente conforme al orden jurídico, siendo entonces aplicables los mismos criterios establecidos en relación con la legítima defensa.

10. Conflicto de deberes jurídicos

1505 El art. 20, inc. 4, debido a que sólo trata de conflictos de interés, no puede ser aplicado a todos los casos de conflictos de deberes. La doctrina los comprendió no obstante en la causa de justificación supra legal del estado de necesidad. Sin embargo, al incorporarse el criterio discriminatorio en la regulación legal del estado de necesidad, no fue considerado ese tipo de conflictos. Esto se debió, primero, al hecho de que se estimó demasiado difícil establecer una norma bastante clara y precisa debido a la multiplicidad de tipos de conflictos de deberes y, segundo, porque se pensaba de manera dominante que, tratándose de estos últimos en actuaciones equivalentes, siempre se procedía ilícitamente.

---

454 Cfr. *supra* N° 1505 ss.

455 Gropp, 1997, § 6 N° 147; Baumann/Weber/Mitsch, 2003, § 17 N° 84; Roxin, 2006a, § 16 N° 91. Chocano Rodríguez, 2003, p. 280 ss.

Para entender mejor el conflicto de deberes hay que tener en cuenta el significado del deber de acuerdo con la norma que lo estatuye. Así, mediante una norma prohibitiva (no matar) se impone la no ejecución de un comportamiento (matar una persona), mientras que mediante una norma preceptiva (auxiliar a una persona en peligro) se obliga a ejecutar la acción esperada (ayudar a una persona en peligro). En el caso de la pluralidad de deberes de abstenerse (prohibición de matar, robar, etc.), no hay en realidad conflicto de deberes porque es posible abstenerse al mismo tiempo de violar varias prohibiciones. Si esto no fuera posible, sino que el agente debe escoger entre uno de los deberes de no actuar, se presenta el estado de necesidad. Este es el caso, por ejemplo, del conductor que no puede detener su automóvil porque se han vaciado los frenos y se ve obligado a escoger entre atropellar a los peatones que cruzan la calzada o desviar su vehículo de modo a causar sólo daños en la propiedad ajena. Siendo el interés preponderante el de salvar la vida de las personas, el conductor sólo actúa lícitamente si viola el deber de no dañar el patrimonio ajeno. 1506

Una colisión de deberes se presenta de manera efectiva cuando una persona está obligada a obedecer diversos mandatos de actuar, de modo que no puede respetar uno sin violar el otro. En el caso de un incendio en un museo, por ejemplo, el jefe de los bomberos puede encontrarse en la alternativa de escoger entre salvar a una persona de la muerte o evitar la destrucción de una obra maestra. Lo mismo sucede cuando un padre, con ocasión de un naufragio, sólo puede salvar a uno de sus dos hijos que están por ahogarse. En todas estas situaciones se oculta, en realidad, un conflicto de bienes jurídicos[456], ya que sus titulares tienen interés en su salvaguarda. En consecuencia, es factible recurrir al estado de necesidad para justificar la intervención de la persona concernida, sobre todo cuando el deber a respetar o el bien jurídico a salvar es el más importante[457]. Así, el jefe de bomberos debe salvar la vida sacrificando el bien patrimonial. 1507

Sin embargo, en el caso del padre las opiniones discrepan. Algunos sostienen[458] que la violación de los deberes siempre es un acto ilícito por ser equivalentes. Para el orden jurídico, en esta perspectiva, el cumplimiento de todo deber es de la misma importancia, sin que sea factible preferir el cumplimiento de uno en detrimento de otro. El conflicto que se presenta 1508

456 Stratenwerth, 2005, § 10 N° 64.

457 Gropp, 1997, § 6, N° 126; Wessels/Beulke, 1980, N° 736; Trechsel/Noll, 2004, p. 136 ss.

458 Jescheck/Weigend, 1996, § 33 V 1 c; Gallas, 1954, p. 340 ss.; Hafter, 1946 p. 102.

no debe producir un cambio en la manera cómo se aprecian por lo general los valores, de modo que consideran que sólo puede admitirse una circunstancia de no culpabilidad.

1509 Otros autores afirman, por el contrario, que el acto necesario se justifica porque el orden jurídico deja al agente la posibilidad de decidir sobre el deber que va a respetar. Admitir esta alternativa sería preferible que imponerle la obligación de actuar bajo el temor de que será considerado penalmente responsable. Esto es incompatible con el fin de proteger bienes jurídicos. Por último, algunos sostienen que no hay que aplicar el estado de necesidad, ya que un comportamiento sólo puede ser valorado como indebido cuando el orden jurídico está en condiciones de señalar cuál es el adecuado en la situación dada. De manera correcta, consideran que hay que admitir una causa de justificación supra legal, dado que la situación no es comprendida por el estado de necesidad justificante porque ninguno de los intereses en conflicto puede ser tenido como el preponderante (en el caso del padre que sólo puede salvar a uno de sus hijos cuando los dos niños tienen el mismo derecho a sobrevivir).

1510 La intervención en contra de los intereses de un tercero (cumplimiento de un deber de actuar) sólo es preponderante con base en un fundamento legítimo específico que hace surgir un conflicto entre un deber de obrar y un deber de abstenerse. El autor debe abstenerse si no existe esta razón. De modo que si un médico debe escoger entre un deber de actuar (salvar al mayor número de detenidos de la tortura) y un deber de abstenerse (no participar en el proceso de escoger qué detenidos deben ser torturados), si no se abstiene comete un acto ilícito porque las víctimas no son responsables del conflicto de deberes en cuestión[459].

1511 Cuando los intereses en conflicto son equivalentes, debe distinguirse si se trata de un conflicto entre un deber de actuar y otro de omitir. El médico que dispone de un único aparato de reanimación se ve en el dilema de privar de asistencia al paciente agonizante que goza de esta ayuda para brindársela al joven accidentado que ha sido trasladado de manera urgente. Según la opinión dominante, la prohibición de actuar (relativa al primer paciente) prima sobre la omisión de prestar auxilio al segundo, de modo que si el médico infringe el deber de socorro habrá actuado conforme a derecho. Sin embargo, de manera convincente, se sostiene también que de-

[459] ROXIN, 2006a, § 16 N° 104; GROPP, 1997, § 6 N° 160; WESSELS/BEULKE, 1980, N° 735.

ben considerarse ambos deberes como equivalentes, pues, ambos comportamientos (la comisión y la omisión) merecen ser desaprobados.

La misma afirmación se hace respecto al conflicto de dos deberes de actuar: 1512
por ejemplo, el padre que, ante la imposibilidad de salvar a sus dos hijos menores del ahogamiento, debe decidirse en favor de uno de ellos. Cada uno de los titulares de los bienes jurídicos en peligro tiene evidentemente un interés en que el suyo sea protegido. Parte de la doctrina sostiene que el incumplimiento de uno de los deberes siempre será ilícito. La base de esta tesis es, por un lado, que ninguna de las violaciones puede ser aprobada porque el cumplimiento de una de ellas es tan importante para el ordenamiento jurídico como el de la otra y, por otro, que el conflicto es la inevitable consecuencia de un estado existencial de necesidad y que no puede modificar las valoraciones generales[460]. Contra esta argumentación se objeta que para poder juzgar como ilícito un comportamiento, al menos en principio, debe existir la posibilidad de comportarse conforme al derecho. Por lo tanto, "el ordenamiento jurídico sólo puede desaprobar jurídicamente y calificar como indebida una conducta, si puede decir qué es correcta y qué se hubiera podido hacer"[461]. Sin embargo como no puede aplicarse el art. 20, inc. 4, porque los intereses en conflicto son equivalentes, resulta indispensable aceptar que se trata de una causa de justificación supralegal[462]. Por eso, la regla sería que, ante un conflicto de deberes jurídicos de actuar, obra de manera justificada quien cumple el deber más importante o, al menos, de igual valor que el otro deber[463].

11. Estado de necesidad putativo

Al igual que en el caso de la legítima defensa putativa[464], cuando no concu- 1513
rra la circunstancia material del estado de necesidad (situación de peligro) no cabe aplicar el art. 21, pues, éste resulta válido sólo cuando se trata de un estado de necesidad incompleto, es decir, cuando existe un estado de peligro (circunstancia material) pero no concurre uno de los otros elementos del estado de necesidad. Es en estos casos que habría que analizar si es o no vencible el error de creer que concurre una situación de peligro que

460 Jescheck/Weigend, 1996, § 33 V 2.

461 Roxin, 2006a, § 16 N° 105.

462 Cfr. Chocano Rodríguez, 2003, p. 275.

463 Roxin, 2006a, § 16 N° 111.

464 Cfr. *supra* N° 1405 ss.

podría dar lugar a un estado de necesidad justificante. Éstos, por lo demás, tendrían que ser tratados según las reglas del error de tipo; pero no así los errores que recaigan sobre los límites del estado de necesidad, que son de prohibición.

VIII. Otras causas de justificación

1. Evolución legislativa

1514 En el art. 85, incs. 4 y 5, CP de 1924, se preveían dos circunstancias especiales. Se declaraba exento de pena, primero, a quien "practica un acto permitido por la ley o procede en cumplimiento de sus deberes de función o de profesión" y, segundo, a quien "obra por disposición de la ley o por orden obligatoria de autoridad competente expedida en ejercicio de sus funciones".

1515 Las fuentes legislativas fueron los modelos suizo (art. 31 del Proyecto de 1918) e italiano (Código italiano de 1889, art. 49, inc. 1). De este último, se adoptó la circunstancia del obrar conforme a una "orden obligatoria de autoridad competente". Del primero, la del acto permitido u ordenado por la ley y la del acto ejecutado en cumplimiento de los deberes de función o de profesión. Estos modelos determinaron un sensible progreso tanto con respecto al CP de 1863 (art. 8, incs. 9, 10 y 11), como a nuestro Proyecto de 1916, ambos muy influenciados por la legislación española (art. 69, incs. 7, 8 y 9, CP de 1848-50).

1516 Según el art. 20, no es castigado, por un lado, "el que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo" (inc. 8) y, por otro, "el que obra por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones" (inc. 9). Así, nuestro legislador se alejó del modelo suizo aproximándose al español. En el inc. 8, ha reproducido el texto del art. 8, inc. 11, CP español hoy derogado; pero conservando, al inicio, la referencia al acto ejecutado por disposición de la ley. En cuanto al inc. 9, se trata de una versión mejorada de la segunda frase del art. 85, inc. 4, del CP de 1924.

1517 Con respecto al art. 32 del CP suizo[465], se afirmó que sólo constituye una simple declaración general y un renvío a todas las demás reglas del orden

[465] "No constituye una infracción penal, el acto ordenado por la ley, o por un deber de función o de profesión; así mismo el acto que la ley declara permitido o no punible" (versión 1942).

jurídico. Stooss[466] estimó que este precepto servía para recordar a los jueces suizos, quienes no siempre eran juristas, la existencia de otras causas de justificación, además de las mencionadas de modo expreso en el código. En cuanto a nuestro país, el hecho de que los jueces sean muy formalistas al interpretar la ley justifica que se haya mantenido una disposición de este tipo. Además, esta referencia general a la legalidad no es superflua en un país en el que se viola con frecuencia el principio según el cual toda restricción de los derechos de las personas, por parte de los representantes del poder estatal o de los particulares, requiere siempre una base legal.

Si bien las circunstancias mencionadas han sido, tradicionalmente, tratadas tanto en la legislación como en la doctrina como causas de justificación, el análisis de las mismas muestra que sus efectos no siempre son el de eliminar la ilicitud del comportamiento típico. Sin embargo, por razones de coherencia de la exposición, las tratamos en esta sección. 1518

2. Disposición de la ley

La fórmula "disposición de la ley" es bastante amplia. Puede ser comprendida en el sentido de que establece cuáles son los actos ordenados y cuáles son los permitidos; es decir, que estatuye deberes y derechos. Así, las referencias explícitas al "cumplimiento de un deber" o al "ejercicio de un derecho" sólo ejemplificarían la fórmula general. Esta afirmación se justificaría aún más si se entendiera el término "ley" de manera extensiva, como "derecho". 1519

Lo mismo se puede decir respecto a la mención del oficio o del cargo. Todo oficio debe ser autorizado o tolerado por la ley; es decir, no prohibido, ya que la regla es la libertad de trabajo. En efecto, según el art. 2, inc. 15, Const., toda persona tiene derecho "a trabajar libremente, con sujeción a la ley". En cuanto al hecho de asumir y de ejercer un cargo, supone necesariamente una base legal. Así, por ejemplo, el art. 40 Const. dispone que "la ley regula el ingreso a la carrera administrativa y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos". 1520

Esta última disposición también es el fundamento de la referencia al obrar por "orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones". Las condiciones que legitiman el actuar de la autoridad, así como las de la acción del ejecutor de la orden están generalmente establecidas por la ley que regula los deberes de ambos. 1521

[466] Stooss, 1897, p. 223; Zürcher, 1914, p. 15.

1522 Por todo esto, las diversas circunstancias previstas en los incs. 8 y 9 del art. 20 pueden ser clasificadas en dos grupos: primero, los actos ordenados por la ley y, segundo, los que ésta permite o autoriza. Diferenciándose por supuesto los que constituyen el cumplimiento inmediato y directo de lo dispuesto en la ley, de los que suponen un intermediario entre la ley y el que ejecuta directamente lo que en ésta se dispone. En todo caso, es indispensable que se precise en qué ley se ordena, permite o autoriza el acto realizado. Esto vale, también, en relación con el derecho consuetudinario aplicado, según el art. 149 Const., por las autoridades de las comunidades campesinas y nativas y, en particular, respecto a las acciones efectuadas por los ronderos, quienes, conforme a la misma disposición constitucional, son auxiliares de dichas autoridades en el ejercicio de sus "funciones jurisdiccionales". Esto no lo ha cumplido la Corte Suprema[467] al absolver a ronderos por los delitos de secuestro, usurpación de funciones, violencia y resistencia a la autoridad, sin indicar las normas de derecho consuetudinario que estarían en la base de los comportamientos ejecutados. No basta referirse en general al derecho consuetudinario aludiendo además, de manera equivocada, el art. 149 Const. En concreto, se afirmó que: «si los procesado, en su condición de ronderos, momentáneamente aprehendieron a los presuntos agraviados, sin embargo, su accionar es legítimo por cuanto se encuentra enmarcado dentro del art. 149 de la Constitución" y que "al haber concurrido la causa de justificación del «actuar por disposición de la ley» en el presente proceso, en consecuencia, si bien la conducta es típica, no es antijurídica, por ende, tampoco culpable".

1523 En contra de lo que permite suponer una lectura superficial de las disposiciones en estudio, el ejercer un derecho, el cumplir con un deber, el realizar un acto en el ejercicio de un cargo o de una profesión no son, sin embargo, factores suficientes para justificar un acto típico. Esto depende de las circunstancias en las que se ejecuta el hecho concreto, las cuales están determinadas por las disposiciones legales que las regulan. Por eso, los incs. 8 y 9 del art. 20 constituyen tipos abiertos o normas de reenvío[468], ya que su aplicación sólo es posible en la medida en que sean complementadas por otras normas, que deben ser buscadas en todo el ordenamiento jurídico.

---

467 ES del 9 de junio de 2004, RN N° 975-04-San Martin, Cfr. Caro Jhon, 2007, p. 181. Ver el AP N° 01-2009/CJ-116, del 13 de noviembre de 2009, analizado anteriorme, Cfr. *supra* N° 355 ss.

468 Logoz/Sandoz, 1976, art. 32, 1.

3. Cumplimiento de un deber

La referencia a "un deber" (art. 20, inc. 8) debe entenderse que se trata 1524
de "un deber jurídico". No basta, en consecuencia, un deber moral[469]. Si el autor se limita a cumplir con su deber y comete así un acto que reúne las condiciones señaladas en una disposición de la parte especial del Código, dicho acto no contradice al ordenamiento jurídico, por tanto es lícito. Sería ilógico que el orden jurídico obligara una persona a actuar y la hiciera, al mismo tiempo, penalmente, responsable de su comportamiento[470].

Según el art. 142 del CdePP (art. 163, inc. 1, del NCPP), el testigo debe 1525
decir la verdad y, de acuerdo con el art. 409, será reprimido si comete falso testimonio. Por lo tanto, no se le puede, al mismo tiempo, considerársele responsable, por ejemplo, por calumnia (art. 131), si imputa al procesado un comportamiento delictuoso.

El interés de que la administración de justicia funcione bien prima[471] sobre 1526
el interés individual del procesado de no ser atacado en su honor. Pero esto no significa que el cumplimiento del deber sea ilimitado: su ejercicio está restringido tanto por la finalidad del deber, como por la necesidad de realizar el acto típico. En el caso del testigo, éste no tiene por que manifestar alegaciones contrarias al honor del procesado que sean innecesarias para esclarecer su responsabilidad. En la medida en que lo haga, sobrepasa los límites del deber que le impone la ley. De modo que su comportamiento deja de ser el ejercicio legítimo de un deber legal.

Como en el estado de necesidad, en la hipótesis planteada se trata de un 1527
conflicto de deberes: por un lado, un deber de acción (decir la verdad al testimoniar) y, por otro, un deber de omisión (no atentar contra el honor de una persona). Conflicto en el que se confrontan intereses: el de la colectividad en una buena administración de justicia y el de la persona al respeto de su dignidad. La circunstancia que falta para que sea aplicable el art. 20, inc. 4, es la situación de peligro inherente al estado de necesidad. Por esto,

---

469 VELÁSQUEZ, 2010, p. 419 ss.; BUSTOS, 1989, p. 225; JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964 III, p. 508. COLMENERO, en CONDE-PUMPIDO/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2007, p. 237 ss. Cfr. ES del 21 de abril de 1998, RN N° 2683-97 Lima, en ROJAS, 1999a, p. 138; CP de 1848-50, ES del 22 de enero de 1998, Exp. N° 1346-97 Lima, en ROJAS, 1999a, p. 142; ES del 5 de abril de 1999, Exp. N° 2455-98 Lima, en ROJAS, 2000, p. 413. De manera confusa por hablarse de imputación del resultado: CP de 1848-50, ES del 12 de junio de 1998, RN N° 4075-97 Lima, en ROJAS, 2000, p. 9.

470 FIANDACA/MUSCO, 1989, p. 208; BETTIOL, 1969, p. 290.

471 SANZ CANTERO, II, p. 347.

era necesario prever una regla especial que, sin embargo, no constituyera una carta en blanco para quien al actuar debe cumplir un deber jurídico.

4. Ejercicio legítimo de un derecho

a. Teoría

1528 Otorgar derechos a las personas supone concederles así mismo los medios necesarios para ejercitarlos y defenderlos. La fuente principal de estos derechos es, sin duda alguna, la Constitución, en la medida en que establece los derechos personales y sociales fundamentales. Pero, el mayor número de derechos reconocidos (llamados derechos subjetivos) se encuentra en las diversas leyes, en los actos jurisdiccionales o administrativos, en los negocios jurídicos y en la costumbre[472].

1529 Según la terminología tradicional, debe tratarse de derechos en el sentido de poder facultativo de obrar; es decir, de prerrogativas reconocidas en las disposiciones legales para hacer o dejar de hacer algo. Poco importa sin embargo cómo se les denomine (derechos subjetivos, potestativos, etc.)[473]. Su ejercicio, de eficacia *erga omnes*, implica en general la afectación de los derechos de otras personas. Al fijar los límites de estos derechos, se determina la fuerza justificante de su ejercicio.

1530 Este ejercicio puede implicar la realización de un acto calificado de delito por la ley. Esta posibilidad la ha previsto el legislador, por lo que, para evitar contradicciones en el sistema, lo declara exento de pena debido a que el autor ejerce un derecho al actuar. Este principio responde a una exigencia lógica: sería absurdo reconocer, por un lado, a una persona la libertad de actuar a nombre de un interés determinado y, por otro, calificar la actividad que desarrolla de ilícita[474]. Además, en la perspectiva de la función justificadora, el ejercicio de un derecho, supone un conflicto entre dos derechos: el que es ejercido y el que es limitado por este ejercicio. El derecho que prima es el más importante y, en caso de igualdad, cualquiera de ellos. Según la Constitución, se deben salvaguardar en primer lugar los derechos que conciernan directamente a la dignidad de la persona. Así mismo, hay que tener

472 Caraccioli, 1965, p. 93 ss.; Fiandaca/Musco, 1989, p. 204.

473 Fiandaca/Musco, 1989, p. 204.

474 Bettiol/Pettoello Mantovani, 1988, p. 368.

en cuenta los principios generales relativos a la primacía de las leyes superiores, posteriores y especiales sobre las inferiores, anteriores y generales[475].

En sentido amplio, por tanto, se puede considerar que el ejercicio de un de- 1531
recho comprende otras causas de justificación. Así, la legítima defensa es el derecho a proteger por sí mismo bienes personales puestos en peligro por un ataque ilícito. Este ejemplo pone en evidencia que no cualquier ejercicio de un derecho justifica el acto típico realizado, sino que es indispensable que dicho comportamiento sea realizado dentro del marco establecido por la norma; es decir, sin incurrir en un abuso del derecho. Es fundamental sobre todo determinar si su titular puede ejercerlo directamente o si se requiere la intervención de una autoridad competente.

En consecuencia, nuestro ordenamiento jurídico no reconoce un derecho 1532
ilimitado a hacerse justicia por sí mismo. Es verdad que muchos son los casos en los que el ejercicio de los derechos tiene lugar en armonía con las personas concernidas. Por ejemplo, el vecino que corta las ramas de los arbustos que sobrepasan el límite de su jardín, sin que el propietario se considere víctima de daños contra su propiedad. Pero en caso de oposición de éste, el primer vecino no puede imponer su derecho mediante actos que impliquen la restricción de los derechos del propietario; por ejemplo, ingresando en el predio de éste sin su autorización. Por lo tanto, no podrá justificar tal comportamiento invocando el ejercicio de su derecho.

De igual manera, el acreedor no puede ejercer violencia o amenazas contra 1533
el deudor moroso para recuperar el dinero que le ha prestado. El orden jurídico le ofrece las vías legales necesarias para hacer respetar su derecho. Por esto incurre en delito, fuera de los otros que haya cometido en concurso (coacción, vías de hecho), quien, "con el fin de ejercer un derecho, en lugar de recurrir a la autoridad, se hace justicia arbitrariamente por sí mismo" (art. 417). El límite del ejercicio del derecho está dado, pues, por el carácter arbitrario del comportamiento del agente; es decir, un comportamiento dictado sólo por la voluntad o el capricho. Actúa de un modo arbitrario quien recurre a la violencia, intimidación, engaño o cualquier otro medio prohibido por el ordenamiento jurídico.

b. Ejemplos

A veces, sin embargo, el orden jurídico autoriza a los particulares a interve- 1534
nir para hacerse justicia. En el derecho privado, es el caso, por ejemplo, de

[475] Fiandaca/Musco, 1989, p. 205.

la defensa posesoria. Según el art. 920 del CC, "el poseedor puede repeler la fuerza que se emplee contra él y recobrar el bien, sin intervalo de tiempo, si fuere desposeído, pero en ambos casos debe abstenerse de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias". En consecuencia, el acto de fuerza que cometa contra el usurpador será típico (coacción, vías de hecho) pero no ilícito, siempre que se limite a ejercer legítimamente su derecho.

1535 En materia penal, el art. 106, inc. 8, pf. 3, del CPP de 1991 preveía que los particulares podían "practicar la aprehensión" en los casos de flagrancia. Según el pf. 2. de la misma disposición, "hay flagrancia cuando la comisión del delito es actual y en esa circunstancia su autor es descubierto o cuando el agente es perseguido y detenido inmediatamente después de haber cometido el delito o cuando es sorprendido con objetos o huellas que revelan que viene de ejecutarlo". En el art. 260 del NCPP, se regula el arresto ciudadano. Según su inc. 1, en los casos de flagrancia y dadas las circunstancias previstas en el art. 258, inc. 2, "toda persona podrá proceder al arresto". Este permiso tiene la finalidad de hacer factible la persecución penal del responsable. En consecuencia, debe tratarse de un hecho penal y es necesario que se den las condiciones legales que hacen de una persona la sospechosa de ser su autor. La privación de libertad debe practicarse recurriendo a los medios adecuados según las circunstancias. Como se puede tratar de un inocente, el particular, de la misma manera que la autoridad, sólo deberá violar los derechos de la persona concernida en la medida necesaria para detenerla, Por esto se dispone, ésta debe ser entregada de inmediato a la autoridad competente y se precisa que se comprende "por entrega inmediata el tiempo que demanda el dirigirse a la dependencia policial más cercana o al Policía que se halle por inmediaciones del lugar. En ningún caso el arresto autoriza a encerrar o mantener privada de su libertad en un lugar público o privado". En consecuencia debe evitarse toda violación de la dignidad de la persona.

1536 Otro caso interesante es el denominado *jus corrigendi*. La educación de los menores requiere con frecuencia el recurso a ciertas medidas que constituyen restricciones a sus derechos fundamentales: por ejemplo, libertad, honor, integridad o bienestar corporal. Quien recurre a estos medios realiza actos conformes a ciertos tipos penales: privación ilícita de la libertad, injuria, maltratos. Los especialistas en la materia discrepan sobre la necesidad de estos castigos. Sin embargo, la experiencia diaria nos enseña que resulta casi imposible evitar recurrir a algunos de ellos en el proceso de disciplinarlos. Al mismo tiempo, se reconoce casi en forma unánime que

estos medios no deben provocar ningún daño en la persona del menor, ni consistir en actos denigrantes o humillantes[476]. De ser este el caso, se le traumatizaría y los resultados serían contraproducentes[477].

El Código Civil, en su art. 423, inc. 3, prevé que el titular de la patria potestad tiene el derecho a corregir con moderación al menor y, en los casos en que esto no bastase, de recurrir a la autoridad judicial para solicitar el internamiento del niño en un establecimiento dedicado a la reeducación de menores. Los límites de este derecho de corrección están determinados esencialmente por la declaración constitucional referente a la protección de la persona y al respecto de su dignidad (art. 1), así como a la prohibición de toda violencia física, moral o síquica y los tratos inhumanos o humillantes (art. 2, inc. 28, lit. h). Así mismo, por la finalidad atribuida a la educación: es decir, "el desarrollo integral de la persona humana" (art. 13, *in initio*, Const.)[478]. 1537

El derecho de corrección surge de las relaciones familiares y de tutela. Constituye una facultad personal que no puede ser cedida a terceros, contra la voluntad de su titular, sobre la base de un supuesto interés público[479]. Por lo tanto, no puede ser ejercido sobre los hijos de otros[480]. Los padres tienen, sin embargo, la posibilidad de delegar a terceros su derecho de corrección cuando, por circunstancias particulares (ausencia, por ejemplo), no puedan ejercerlo. 1538

Los maestros tampoco son titulares del derecho de corrección. Deben cumplir su labor docente y conservar la disciplina de los alumnos conforme a los criterios pedagógicos y a las normas que regulan su actividad, pues, se trata más bien del ejercicio de un oficio[481]. Pueden sin embargo, con un fin educativo o disciplinario, emplear medios coactivos que lesionan la libertad (expulsar del salón de clase) o el patrimonio del menor (confiscar una revista pornográfica)[482]. En todo caso, el ejercicio de esta potestad debe hacerse de conformidad con las disposiciones legales o administrati- 1539

476 Roxin, 2006a, § 17 N° 33, 35.

477 Maurach/Zipf, 1992, § 28, N° 28.

478 En este sentido, Fiandaca/Musco, 1989, p. 207; Cerezo Mir, II, p. 57; Jescheck/Weigend, 1996, § 35 III 1 ss.

479 Roxin, 2006a, § 17, N° 37.

480 Bettiol, 1943, p. 33; p. 173.

481 Noll, 1955, p. 38

482 Germann, 1942, p. 316; Jung, p. 15; Kaufmann, J., p. 17.

vas pertinentes y recurriendo a medios adecuados. Los maltratos de cierta gravedad, sobre todo los que afectan a la salud, nunca serán justificados por la existencia de un pretendido derecho de corrección[483].

1540 Resulta también interesante el derecho de huelga, estatuido en la Constitución (art. 28, inc. 3). Este derecho es una conquista social lograda por los trabajadores con mucho sacrificio. Constituye un medio de defensa de sus derechos y de lucha en favor de otros. Su ejercicio tiene efectos negativos sobre los derechos de terceros, comprendidos los de los patrones o empleadores. Los actos (abandono del puesto de trabajo, interrupción de la cadena de producción, perturbación del orden o circulación públicos por manifestaciones callejeras, no mantenimiento de los medios de trabajo, etc.) que producen dichos efectos constituyen objetivamente comportamientos típicos, pero no deben ser calificados de ilícitos por ser indispensables al ejercicio de un derecho constitucional. Sólo en la medida en que sobrepasen este límite, se considerarán no justificados por el ejercicio del derecho de huelga (p. ej., actos vandálicos contra la propiedad de terceros con motivo de una manifestación, destrucción de maquinarias para evitar que otros trabajadores reanuden las labores, agresión física contra los opositores a la continuación de la huelga). Este último ejemplo constituye, con claridad, la negación del derecho a la libertad del trabajo y del derecho de huelga; pues, se trata de una facultad (de ejercitarlo o no). Este límite es externo, por oposición a los límites internos o consustánciales al derecho de huelga[484].

1541 Dificultades importantes se encuentran en el ámbito de los delitos contra el honor respecto a la actividad periodista, así como a las informaciones o noticias sobre el quehacer de políticos u otras personalidades públicas. En relación con un caso de difamación, en la jurisprudencia, se ha afirmado que "corresponde analizar si se esta ante una causa de justificación -si la conducta sujeta a la valoración penal constituye o no un ejercicio de las libertades de expresión e información-. Es insuficiente para la resolución del conflicto entre el delito contra el honor y las libertades de información y de expresión el análisis del elemento subjetivo del indicado delito, en atención a la dimensión pública e institucional que caracteriza a estas últimas y que excede el ámbito personal que distingue al primero. En nuestro Código, la causa de justificación que en estos casos es de invocar es la prevista en el

483 WAIBLINGER, *FJS* N° 1204, p. 7; HAFTER, 1946, p. 163; LOGOZ/SANDOZ, 1976, art. 32 2 c.

484 FIANDACA/MUSCO, 1989, p. 206.

art. 20, inc. 8, que reconoce como causa de exención de responsabilidad penal "El que obra [...] en el ejercicio legítimo de un derecho..."[485].

Un reconocimiento extremo, al mismo tiempo que ineficaz, del efecto justificante del ejercicio de un derecho es el referente al derecho de insurgencia consagrado en la Constitución (art. 46, pf. 2). La población civil tiene el derecho de insurgirse "en defensa del orden constitucional". Este derecho se ejerce tanto contra el golpe de Estado desde arriba ("autogolpe") como contra el golpe de Estado desde abajo (golpe militar o rebelión popular armada)[486]. Su ejercicio supone que la rebelión contra el Estado constitucional haya comenzado, no siendo suficientes los actos preparatorios. Además, tiene un carácter subsidiario, pues, supone que el Estado no pueda defender el orden jurídico. La ineficacia de esta norma declarativa resulta del hecho que se refiere a una situación de orden eminentemente político. En efecto, los golpes de Estado y las rebeliones populares no pueden ser evitados mediante normas jurídicas, pues, sus causas son sociales, políticas y culturales. La represión de los infractores del orden constitucional depende, en la práctica, de su éxito o fracaso. 1542

5. Cumplimiento de orden obligatoria de autoridad competente

a. Ámbito civil

El art. 8 del CP de 1863 disponía que estaba exento de responsabilidad criminal "el que obra en virtud de obediencia debida a un superior, siempre que éste proceda en uso de sus atribuciones, y concurran los requisitos exigidos por las leyes para que la orden sea obedecida". De manera breve, el art. 85, inc. 5, del CP de 1924 estatuía de manera similar "que obra por [...] orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones". 1543

En el art. 27 Proyecto de octubre de 1984, se regulaba, como circunstancia excluyente de culpabilidad, que el hecho punible sea «cometido bajo coacción irresistible o en estricta obediencia a una orden, no manifiestamente ilegal, del superior jerárquico». En este caso, se concluía afirmando que «sólo es punible el autor de la coacción o de la orden». En el Proyecto de 1986, se retomaba esta disposición en el art. 30. El art. 20, inc. 9 del 1544

485 ES del 6 de abril de 2010, Exp. N° 4325-2008 Cusco.

486 ROXIN, 2006a, § 16 N° 116.

Código vigente reproduce textualmente esta regla, como ya se hacía en los Proyectos de enero (art. 20, inc. 9) y abril de 1991 (art. 20, inc. 9).

1545 Así, nuestro legislador regula la obediencia debida como una circunstancia autónoma, distinta de los casos que constituyen un "obrar por disposición de la ley". En realidad, el inferior que cumple un mandato obligatorio de su superior obra, en buena cuenta, en "cumplimiento de la ley"[487]. Por tanto, si el legislador no hubiera regulado de manera expresa esta circunstancia, hubiera bastado con interpretar debidamente la regla que declara impune el hecho de "obrar por disposición de la ley" (art. 85, inc. 5 del CP de 1924 y art. 20, inc. 8, *in initio*, del Código vigente). Además, no hay que olvidar que la obediencia debida tiene fuertes relaciones con el "cumplimiento de un deber jurídico", puesto que el subordinado tiene el deber legal de obedecer a sus superiores.

1546 Su regulación expresa se justifica, en cierta medida, por el interés que existe en destacar la relación particular entre quien ordena y quien ejecuta la orden, pues, resulta necesario determinar la responsabilidad de ambos y no sólo de quien ejecuta material y directamente la acción típica. A diferencia del caso del obrar por disposición de la ley, el aspecto específico de la obediencia debida radica en el hecho de que no existe una relación directa entre el precepto y quien ejecuta el comportamiento típico, sino que entre éstos hay un intermediario: el superior jerárquico que dicta la orden para que el acto sea ejecutado. Esta estructura determina una triple relación: entre el superior y el inferior, entre éste y la persona que padece el acto ordenado y, por último, entre la víctima y el superior[488].

1547 La relación jerárquica supuesta por la obediencia debida es de orden público e implica, por un lado, la potestad de mandar del superior y, por otro, el deber de obediencia del inferior[489]. Por la índole de sus funciones, existen diferencias, por ejemplo, entre la obediencia en el ámbito militar y la obediencia en la administración pública civil. Por esto hay que tener en cuenta las respectivas disposiciones legales que las regulan.

1548 La obligatoriedad de la orden dictada por el superior depende de las disposiciones que reglamentan el ejercicio de su potestad. Formalmente, es indispensable que sea competente para impartir la orden y, además, que

---

487 Jiménez de Asúa, 1964, T. IV, p. 506; Jescheck/Weigend, 1996, § 29 N° 7 ss.

488 du Puit, 2002, p. 241 ss; Rodríguez Devesa/Serrano, 1981, p. 521 ss.; Velásquez, 2010, p. 470. Cfr. Arndt, 1966, p. 145 ss.; Jescheck, 1965b, p. 63 ss.

489 Fiandaca/Musco, 1989, p. 209; Velásquez, 2010, p. 474.

ésta cumpla con la forma prescrita[490]. Esto es lo que establecía art. 8, inc. 9 del CP de 1863, cuando disponía que el superior debía proceder "en uso de sus atribuciones" y que debían concurrir "los requisitos exigidos por las leyes para que la orden sea obedecida".

A estas condiciones formales debe agregarse un límite material[491]. La orden impartida por el superior no debe vulnerar el orden jurídico y, en particular, no debe constituir un atentado contra la dignidad humana. Un caso evidente de orden no obligatoria por razones materiales es aquel en el cual el superior ordena cometer un hecho que reviste relevancia penal[492]. Al respecto, y de manera general, debe recordarse que los intereses del Estado que pueden ser cumplidos o reforzados por la orden del superior nunca pueden prevalecer sobre el respeto de la dignidad de la persona; porque ésta, según el art. 1 Const., es el valor supremo en nuestro ordenamiento jurídico. La persona afectada por el comportamiento abusivo ordenado por el superior podría entonces defenderse con derecho contra el inferior que lo ejecuta o trata de ejecutarlo[493]. 1549

El inferior debe señalar de inmediato al superior las dudas que tenga sobre el carácter ilícito del comportamiento que se le ordena ejecutar. En caso de estar, sin embargo, obligado a cumplir la orden, será sancionado en la medida en la que sea culpable. El superior, por su parte, será responsable por haber incitado al inferior a cometer el acto típico. 1550

Según nuestro orden constitucional[494] resultaría inadmisible pretender, alegando que el aparato estatal podría ser paralizado, que el mandato de un superior goza de una presunción de legitimidad y que excluye así todas las dudas u objeciones de quien debe cumplirlo. Las normas que regulan la actividad del Estado ofrecen vías suficientes para que eso no suceda. La actividad de sus órganos -en particular, la que implica una restricción de los derechos de las personas- siempre debe tener una base legal. La supuesta razón de Estado no puede fundamentar dicha actividad[495]. 1551

Se discute mucho sobre la obligatoriedad de las órdenes que puedan dar lugar a la comisión de delitos culposos: Por ejemplo, el superior que ordena 1552

490 FIANDACA/MUSCO, 1989, p. 209 ss.; VELÁSQUEZ, 2010, p. 473.

491 ROXIN, 2006a, § 17 N° 5 ss.; Cfr. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, 1991b, p. 334 ss.

492 FIANDACA/MUSCO, 1989, p. 211.

493 ROXIN, 2006a, § 17 N° 12.

494 DU PUIT, 2002, p. 242.

495 VELÁSQUEZ, 2010, p. 473.

al chofer del vehículo de servicio que lo conduzca a pesar del mal estado en el que se encuentran los frenos. Este ejemplo sirve para demostrar que el inferior no debe obedecer cuando resulta bastante probable que se produzca un daño o se ponga en peligro concreto a terceros. No basta, sin embargo, que del cumplimiento de la orden aparezca como probabilidad lejana producir un tal perjuicio.

1553 Por último, quien obra en cumplimiento de una orden obligatoria, expedida por autoridad competente, en ejercicio de sus funciones, no es castigado. En efecto, su cumplimiento tiende a realizar la "voluntad del sistema jurídico mismo". Por el contrario, si la orden es ilícita, el subordinado que la ejecuta comete un acto ilegal de la misma manera que el superior que la ha dictado. Pero el subordinado no incurrirá en reproche alguno si, en las circunstancias en las que actuó, se vio obligado a obedecer (la orden fue confirmada por el superior de quien la dictó), no se dio cuenta de su carácter ilícito, o lo hizo a pesar de la divergencia de criterios con su superior. En estos últimos casos, no se trata de calificar el acto, sino al autor: hay que determinar su culpabilidad. En cuanto al superior (según las circunstancias, autor mediato), será castigado por la infracción cometida por el subordinado al cumplir la orden obligatoria ilícita. Al contrario, el juez no podrá penarlo si su orden es conforme a derecho, aun cuando su ejecución implique la comisión objetiva de una infracción por el subordinado. La doctrina dominante estima que este criterio "diferenciador" permite comprender mejor las disposiciones del Código. Esto se deducía ya con relativa claridad del art. 86 del CP de 1924: "En el último caso del artículo anterior, la represión del delito podrá ser aplicada al que por su orden hubiera determinado a otro a obrar".

b. Ámbito militar

1554 El art. 19, inc. 7 del CJM[496], disponía que está eximido de pena quien "procede en virtud de obediencia al superior, siempre que la orden de éste no sea notoriamente ilícita". Esta regla, similar a la del CP de 1924, fue abandonada en favor de una más detallada. Así, en el art. 19, inc. 8 del CJMP[497], se estableció que no será castigado quien "se resiste a cumplir una orden impartida por una autoridad o superior jerárquico competente, que fuese manifiestamente inconstitucional o ilegal, o sea contraria a los usos de la

[496] DL N° 23214, del 24 de julio de 1980.

[497] Dleg N° 961, del 11 de enero de 2006.

guerra". Esta eximente general no figura en la nueva versión del CJMP[498], establecida por que el Tribunal Constitucional declaró su inconstitucionalidad. Sin embargo, puede ser deducia *a contrario* de lo establecido en el art. 115. En esta disposición, se reprime la insubordinación, que es descrita como el hecho de que un militar o policía "se niegue a cumplir órdenes legítimas del servicio, emitidas por un superior con las formalidades legales, o impide que otro las cumpla o que el superior las imparta u obliga a éste a impartirlas". Así mismo, es de destacar que en el art. 77 (Órdenes superiores), se estatuye, como atenuante específica, que en "los casos de delito contra el Derecho Internacional Humanitario, se atenuará la pena a aquel que obra en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno, autoridad o superior, sea civil o militar, siempre que: a. No supiera que la orden era ilícita; y b. La orden no fuera manifiestamente ilícita".

El punto de partida es que los criterios referentes a la obediencia en el ámbito civil son también válidos en el ámbito militar. La cuestión es de determinar si, en razón a la índole y a los fines particulares de este último, dichos criterios deben ser flexibilizados. En particular porque la obediencia militar policial debería ser más estricta con miras a salvaguardar la cohesión de las instituciones militares y policiales[499]. Al respecto es indispensable analizar en detalle la regulación correspondiente aunque sea de manera sucinta. 1555

La no previsión de la obediencia a una orden superior entre las eximentes de pena previstas en el art. 19 del CJMP, podría hacer pensar que se parte de la idea que las órdenes deben cumplirse sin dudas ni murmuraciones y que, por tanto, era superfluo mantener este tipo de prescripción. También permitiría creer que sólo deberían establecerse reglas especiales para fijar excepciones a la obediencia general en algunas materias determinadas. Esto explicaría lo dispuesto en los arts. 77 y 115 del CJMP, respecto a las órdenes superiores y a la insubordinación, respectivamente. Sin embargo, estas suposiciones deben ser abandonas en consideración, sobre todo, a la interpretación que debe darse a las disposiciones que acabamos de mencionar. 1556

La definición del delito de insubordinación (art. 115 del CJMP) comprende claramente tres elementos: relación de jerarquía entre la persona que emite la orden (el superior) y el que la cumple (el subordinado), orden dictada en 1557

498 DLeg N° 1094, del 01 de setiembre de 2010.

499 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, 1991, p. 336.

el marco del servicio y respeto de las formalidades legales. La obediencia en el marco de la organización militar policial es más estricta que la existente en el ámbito civil entre la autoridad (militar o no) y cualquier miembro de la comunidad civil. En este caso, el destinatario del mandato está obligado a cumplir con la orden de la autoridad competente, porque ésta actúa en ejercicio de un poder que la faculta a dictar mandatos obligatorios y no porque se encuentren vinculados por relación jerárquica especial. Esta relación particular entre superiores e inferiores militares y policiales está determinada por la regulación legal de sus instituciones. El superior debe ser competente para dictar la orden; es decir, emitirla en el ejercicio de sus funciones. La índole especial de esta relación explica que se prevea el delito de insubordinación. Lo que no sucede en relación con las desobediencias de órdenes superiores en la administración pública civil, las cuales son, generalmente, prevista como infracciones de orden disciplinario.

1558 Orden es todo mandato dictado por el superior al inferior jerárquico. El art. 115 del CJMP, se limita a indicar que la orden debe cumplir con las formalidades legales. Una interpretación restrictiva de este aspecto del tipo legal, implicaría que el inferior no debe apreciar si lo ordenado es lícito o no. Dicho de otra manera, una vez constatadas las formalidades legales (competencia del superior, en el servicio, escrita, de ser el caso), el mandato debe ser cumplido inmediata y efectivamente. Lo que se justificaría porque la cohesión de la institución requeriría una disciplina estricta, de modo que el subordinado debe confiar en su superior y sentirse amparado en lo que hace por el mandato que obedece.

1559 Al respecto, hay que indicar, por un lado, la omisión de referirse, expresamente, a las exigencias materiales de una orden obligatoria es una insuficiencia técnica y de fondo. Principalmente, no indicar que lo ordenado sea conforme al ordenamiento jurídico, ya que la licitud de la orden es, justamente, el fundamento de la existencia de un deber de obedecer. Por otro, que según la Constitución, no hay deber de cumplir órdenes ilícitas; en otras palabras, no existe la obligación absoluta de obedecer los mandatos que dicten las autoridades o los superiores jerárquicos, pues éstos, como el resto de ciudadanos, se encuentran sometidos al derecho. Por lo tanto, no les está permitido dictar órdenes ilícitas, ni es deber de sus destinatarios cumplirlas automáticamente.

1560 Del carácter ilícito de la orden se desprende que el superior procede arbitrariamente y que, por tanto, el inferior no está obligado necesariamente

a obedecer. Caso en el que no debe ser considerado responsable del delito de insubordinación, en razón a que no se cumplen todos los requisitos del tipo legal del art. 115 del CJMP (atipicidad del comportamiento). El superior incurre en un exceso en el ejercicio del mando, definido en el art. 130 del mismo código: "El militar o el policía que se exceda en las facultades de empleo, mando o de la posición en el servicio, u ordenare cometer cualquier acto arbitrario en perjuicio de la función militar policial o del personal militar o policial, será sancionado con pena privativa de libertad [...]".

En cuanto al inferior que cumple la orden, se plantea la cuestión de su responsabilidad respecto al comportamiento que comete cumpliendo la orden del superior. Cuando la orden es formal y materialmente lícita, el inferior actúa, en realidad, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, ya que no hace sino acatar un mandato que es conforme a este ordenamiento[18]. Dicho de otra manera, no haría sino cumplir con lo mandado por la ley. Razón por la cual su comportamiento es, igualmente, lícito. En caso contrario, si realiza un acto conforme a un tipo legal, es cuestión de determinar si responde penalmente. La respuesta sería negativa en caso de admitirse que tiene la obligación de obedecer aún las órdenes ilícitas, lo que es inadmisible por las razones antes indicadas. Si se aceptase la interpretación restrictiva, antes criticada, supondría que el subordinado sólo podría ser reprimido cuando tuviera consciencia del carácter ilícito del mandato y, por lo tanto, del comportamiento que ejecutaba en su cumplimiento. Dicho de otra manera, se aplicaría la teoría del dolo, según la cual actúa dolosamente sólo quien es consciente de que comete un acto contrario al ordenamiento jurídico. Si el subordinado no lo sabe no es responsable penalmente porque ha obrado sin dolo[500]. En este sentido, la actuación obediente del subordinado sería atípica. Por el contrario, el superior sería autor mediato detrás de "un instrumento" que no es punible[501]. De manera más conveniente, cabe señalar que se trata de una cuestión de culpabilidad y, más exactamente, de error de prohibición. 1561

Al respecto, hay que recordar que en el art. 115 del CJMP, no se hace referencia a la índole ilícita de la orden ni a su conocimiento de parte del inferior, por el contrario en el art. 19, inc. 8, del CJMP, se hacía la salvedad siguiente: "que fuese manifiestamente inconstitucional o ilegal, o 1562

500 ZUÑIGA RODRÍGUEZ, 1995, p. 206 ss. Sobre el derecho foráneo, Cfr. MÜLLER, 1965, p. 36, 138 y 170; MIR PUIG, 2003, p. 432 ss.; CEREZO MIR, 2001, p. 249; BUSTOS, 1989, p. 256.

501 Cfr. JAKOBS, 1991, 16/11.

sea contraria a los usos de la guerra". Criterio que es incorporado, curiosamente para atenuar la pena en "los casos de delito contra el Derecho Internacional Humanitario, se atenuará la pena a aquel que obra en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno, autoridad o superior, sea civil o militar, siempre que: a. No supiera que la orden era ilícita; y b. La orden no fuera manifiestamente ilícita" (art. 77, Órdenes superiores, CJMP del 2010).

1563 Para esto último, resulta útil tener en cuenta los criterios que se aplican en los casos de error de prohibición[502]. En este sentido, es evidente que con la expresión "manifiestamente ilícita" se está aludiendo tanto a las exigencias legales como materiales de la orden recibida. Así, ningún subordinado puede alegar que no sabía que era ilícita la orden por la que se le ordenó privar de la libertad y matar a una persona, violar a una mujer o asaltar un banco.

1564 El militar, ciego ante la notoriedad del carácter ilícito del mandato, no puede disculparse afirmando que no conocía el carácter ilícito de su comportamiento. Lo que obliga a establecer un criterio para identificar cuándo el error sobre la prohibición era evitable, puesto que cualquier persona razonable podría darse cuenta de la antijuricidad de tal mandato. Esto no significa, sin embargo, negar al subordinado el deber de reflexionar, antes de obedecer, sobre la antijuricidad de la orden que recibe. Esta idea supone reforzar la actitud atenta y responsable de los subalternos, al mismo tiempo que debilita la tendencia a favorecer el hábito de obedecer, fomentado por la idea que el militar debe hacerlo "a ciegas". Una disciplina de este tipo no es compatible con el Estado de derecho.

1565 En este orden de ideas, tanto en el ámbito civil como en el militar, invocar la obediencia a una orden supone que quien debe ejecutarla crea que tiene el deber de realizar el acto ordenado porque desconocía que tanto el mandato como el comportamiento eran ilícitos, o lo que es lo mismo, porque suponía que estaba amparado por una causa de justificación. De este modo, se alega, sobre todo, el haber actuado bajo la influencia de un error relativo al deber de obediencia y, de manera subsidiaria, coaccionado o en un estado de necesidad creado por las circunstancias en que se desarrolla la actividad militar.

[502] Cfr. *infra* N° 1758 ss.

6. Ejercicio legítimo de un oficio o cargo

En el art. 85, inc. 8, del CP de 1924, se declaraba exento de pena a quien realizaba un acto en cumplimiento de un deber de función o de profesión. Esta disposición ha sido modificada en dos sentidos: primero, en la nueva regulación se habla de "ejercicio legítimo" en lugar de "cumplimiento de un deber". De esta manera, se amplía su alcance ya que ahora no se comprenden sólo los comportamientos obligatorios. Segundo, se han substituido los términos "función y profesión" por los de "cargo y oficio". La consecuencia es, también, ampliar los efectos de la disposición, pues, por cargo debe comprenderse tanto el que corresponde a un funcionario (*stricto sensu*) como a un empleado, y por "oficio" toda actividad económica además de las que requieren para su ejercicio una licencia[503]. 1566

Además, se precisa, por un lado, que el cargo y oficio sean reconocidos o aceptados por el orden jurídico y, por otro, que ambos sean ejercidos conforme a las normas legales positivas o consuetudinarias que los regulan. El aspecto esencial es, en consecuencia, esta doble conformidad con el derecho. El que ejerce un tal oficio o cargo realizará, por lo tanto, un acto legítimo aunque éste sea conforme a un tipo legal. 1567

Comprendida así esta justificante, hay que admitir que constituye un caso especial de la circunstancia general del "obrar conforme a la disposición de la ley", pues, el acto correspondiente al ejercicio legítimo de un oficio o cargo debe ser autorizado o tolerado siempre legalmente. Sería entonces contradictorio y absurdo reprimirlo, puesto que implicaría admitir que un mismo acto pueda ser prohibido y permitido al mismo tiempo[504]. 1568

El hecho de mencionar de manera expresa estas circunstancias se justificaría si la fórmula "disposición de la ley" fuera interpretada en sentido restrictivo; es decir, entendiendo por ley sólo el derecho positivo. De modo que no serían comprendidos los actos cometidos en ejercicio de un oficio o cargo regulados sólo por el derecho consuetudinario. 1569

Pero, como en los demás casos hasta ahora estudiados, el obrar en ejercicio de un oficio o cargo no basta para justificar un acto típico. Tratándose además de una norma de remisión a todo el ordenamiento jurídico, es indispensable que el autor permanezca dentro de los límites del derecho. 1570

503 Cfr. VILLA STEIN, 2008, p. 368.

504 VELÁSQUEZ, 2010, p. 484 ss.

a. Ejercicio legítimo de un cargo

1571 Se trata de los casos en los que un órgano del Estado, al cumplir sus funciones, realiza un acto que se adecua a un tipo legal. No son raras estas situaciones; basta con señalar las diversas medidas coercitivas que las autoridades judiciales emplean en el marco de un proceso penal, los múltiples actos restrictivos de derechos que cometen quienes ejecutan las penas privativas de la libertad sobre los condenados y los medios coercitivos que practica la policía para luchar contra la delincuencia.

1572 Las condiciones en las cuales estos actos deben ser realizados están previstas en la ley. Respecto a los ejemplos dados, son el CPP, el CEP, la ley o los reglamentos relativos a la Policía Nacional. El estudio de estas normas es materia de las disciplinas que se ocupan de ellas. El análisis de cada una de las situaciones sobrepasa, en consecuencia, en mucho el marco de nuestros objetivos. Sin embargo, interesa directamente al derecho penal determinar los efectos del error en que se pueda incurrir al ejercer un cargo y las posibilidades que tiene la persona afectada de actuar en legítima defensa.

1573 El fundamento de la circunstancia justificante es el hecho que el funcionario debe ser competente tanto en razón de la materia como del territorio. Esto supone, claro está, que haya sido nombrado conforme a la ley, asumido el cargo y que lo ejerza en el momento de realizar la acción típica. El usurpador de un cargo público no puede, pues, pretender justificar sus actos alegando el ejercicio del cargo para el cual no ha sido elegido o nombrado conforme al derecho[505]. Estas exigencias se encuentran en el art. 381 que reprime al "funcionario público que hace un nombramiento para cargo público a una persona en quien no concurren los requisitos legales" y al que "acepta el cargo sin contar con los requisitos legales".

1574 El hecho debe constituir un acto de servicio y ser realizado conforme a ley y de acuerdo con los mandatos constitucionales. En cuanto a la forma, debe cumplir con todos los requisitos establecidos por la norma legal pertinente. Materialmente, debe respetar los criterios de proporcionalidad y de necesidad

1575 En el momento de actuar, el funcionario debe comprobar de forma debida si las condiciones materiales de su intervención existen o faltan, no siendo suficiente que haya obrado creyendo, simplemente de buena fe, que éstas

[505] VELÁSQUEZ, 2010, p. 485 ss.

estaban presentes. El Estado, representado por sus órganos, no tiene el privilegio de poder equivocarse, puesto que ello significaría aceptar que los funcionarios quedarían exonerados de responsabilidad en el caso del ejercicio abusivo de sus cargos. Ahora bien, esto no sería conforme al Estado de derecho que debe esforzarse en garantizar los derechos fundamentales de las personas y en motivar a sus órganos para que actúen estrictamente de acuerdo con la ley[506].

El fundamento de la justificación es el siguiente: la preponderancia del interés[507] que constituye el objetivo del ejercicio del cargo, frente al interés de la persona que ve restringido uno de sus derechos personales. En el ejemplo dado, la identificación y la detención del sospechoso con miras a la realización de la justicia constituye el interés preponderante que tiene el presunto autor en conservar su libertad. 1576

Pero si un funcionario abusa de sus poderes, su acto será por supuesto ilícito. Así lo reconocía, el deficiente DL N° 19644, del 5 de diciembre de 1972, al establecer, en su art. 1, que "el personal de las Fuerzas Policiales" está exento de responsabilidad penal cuando "en actos de servicio o con ocasión de él, haga uso de sus armas en forma reglamentaria". Por lo tanto, es insuficiente que actúe estando de servicio: debe además respetar las disposiciones que regulan las circunstancias en las que se puede hacer uso del arma y la manera cómo debe hacerse. 1577

Lo mismo establece el art. 376 al reprimir al funcionario público que, "abusando de sus atribuciones, cometa [...], en perjuicio de alguien, un acto arbitrario cualquiera". Si este acto también es típico (lesiones), además de ser el resultado de una violación de las normas que regulan las "atribuciones" del funcionario, éste será responsable tanto del abuso de autoridad como de las lesiones que haya infringido a la víctima. 1578

b. Ejercicio legítimo de un oficio

La regla es el principio constitucional de la libertad de trabajar. Por esto, el ejercicio de un oficio no supone siempre una autorización especial o la regulación legal de dicha actividad, sobre todo en países como el Perú donde la crisis económica obliga a un gran número de personas a realizar diversas ocupaciones para poder subsistir. La iniciativa y creatividad individuales 1579

506 ROXIN, 2006a, § 17 N° 12.

507 VELÁSQUEZ, 2010, p. 485.

son los únicos medios con los que se cuenta para combatir la desocupación masiva. Regular estas innumerables actividades económicas constituiría un obstáculo para su desarrollo y daría lugar a la informalidad generalizada.

1580 Esta realidad impone que se reconozca, de manera amplia, el ejercicio de un oficio como circunstancia justificante a fin de no privilegiar sólo a quienes ejercen ocupaciones (profesiones) que requieran una autorización y una formación especiales. Esto no significa, sin embargo que se descuiden las regulaciones necesarias de determinadas actividades por exigencia del orden y seguridad públicos. El ejercicio de un oficio supone, pues, que quien lo desempeñe, obre dentro del marco legal, general o especial, pertinente.

1581 El comerciante ambulante (informal) debe actuar dentro de los límites establecidos por las normas que regulan la comercialización del producto - objeto de su actividad. El ejercicio de su oficio no le faculta, por ejemplo, a explotar el trabajo de menores ni a poner en peligro la seguridad de la circulación pública de vehículos y peatones.

1582 En el caso de los profesionales propiamente dichos (p. ej., médicos, farmacéuticos, ingenieros, abogados, periodistas, etc.), el título profesional que los habilita para ejercer su oficio o profesión no constituye una patente de corso para justificar cualquiera de los actos que cometan como tales. El periodista, alegando la libertad de la prensa (art. 2, inc. 4, Const.), no puede impunemente ultrajar el honor de las personas. Esto explica que dicho artículo (pf. 2) disponga al mismo tiempo que los delitos cometidos mediante la prensa se tipifiquen en el Código. No es diferente la situación del abogado que ejerce la defensa de una persona ante los órganos judiciales. Así, el art. 80, inc. 9, del CPP (art. 84, inc. 9 del NCPP) instituye el derecho de "expresarse con amplia libertad en el curso de la defensa, oralmente y por escrito, siempre que no se ofenda el honor de las personas, ya sean naturales o jurídicas".

1583 Vivas discusiones se han producido en torno a la actividad profesional de los médicos y, en especial, respecto a las intervenciones quirúrgicas. Su deber de curar y de salvaguardar la vida de los pacientes no les da por supuesto plenos poderes sobre la existencia y la salud de éstos. Conforme al respeto de la dignidad humana, la persona concernida es la única capacitada para decidir lo que conviene a sus intereses. En consecuencia, no puede ser sometida a un tratamiento contra su voluntad, aun cuando éste sea considerado el único medio de conservar su vida o de mejorar su salud. De modo que la autorización que se les concede a los médicos para ejercer

la medicina implica el respeto de la *lex artis* y del conjunto de normas que regulan la profesión.

En resumen, cada vez que se presenten dudas sobre la tipicidad y el carácter 1584
ilícito de un acto cometido en el ejercicio de la medicina, como de toda otra profesión, debe indagarse sobre el marco jurídico en el que ha sido ejecutado y, en particular, sobre si el paciente dio o no su consentimiento.

7. Autorización de la autoridad competente

Al estudiar la tipicidad, señalamos que la falta de permiso de la autoridad 1585
competente constituye, en diversos casos, un elemento del tipo legal objetivo. De ahí se sigue que si el acto ha sido autorizado en forma debida, no es típico. Por ejemplo, respecto a los tipos legales que prevén la represión de quien, "sin autorización, explora, excava o remueve yacimientos arqueológicos prehispánicos" (art. 226) o de quien "elabora mercaderías gravadas cuya producción, sin autorización, esté prohibida" (art. 271, inc. 1). Es, pues, la inexistencia de una autorización de la autoridad competente lo que determina la tipicidad del acto.

El efecto de justificación del permiso otorgado por la autoridad competente 1586
está por tanto limitado a los casos de prohibición sancionada con reserva de autorización. En el ámbito de las drogas ilícitas, el hecho de comercializarlas (art. 296) constituye siempre un acto típico. Pero se justifica si el agente cuenta con el permiso previo necesario. Al contrario, el farmacéutico que expende un medicamento que contiene estupefacientes realiza un comportamiento atípico si lo hace conforme a las normas que regulan su comercio y a la licencia que posee. Si lo hace violando estas normas, será responsable según el art. 300.

Los problemas surgen cuando un acto es cometido al amparo de un per- 1587
miso que ha sido obtenido coaccionando, corrompiendo o engañando a la autoridad competente para otorgarlo. La invalidez de esta autorización genera, de manera evidente, que el acto realizado sea típico e ilícito.

A causa del hecho de que la autorización deba estar arreglada a la ley y ser 1588
otorgada en una forma particular, la complacencia temporal de la autoridad competente no puede neutralizar la prohibición legal existente. Ésta sólo puede ser derogada mediante una disposición expresa. Por eso, el que actúa creyendo, en razón de la actitud de la autoridad, que su acto es lícito, podrá alegar haber obrado bajo la influencia de un error de prohibición y, por lo tanto, considerarse no culpable.

§ 14 Culpabilidad

I. Culpabilidad y responsabilidad. II. Regulación legislativa. III. No hay pena sin culpabilidad. IV. Noción de culpabilidad. 1. Concepción psicológica. 2. Concepción psicológico–normativa. 3. Concepción normativa. V. Impugnación de la culpabilidad. VI. Capacidad de culpabilidad (imputabilidad). 1. Generalidades. 2. Menores de edad. a. Introducción. b. Evolución legislativa nacional. b.1. Código Penal de 1863. b.2. Código Penal de 1924. b.3. Situación actual. b.4. Límite cronológico de la capacidad penal. 3. Imputabilidad. a. Generalidades. b. Técnica legislativa. c. Noción de imputabilidad. 4. Inimputabilidad según el art. 20, inc. 1. a. Anomalía psíquica. b. Grave alteración de la conciencia. c. Alteración de la percepción. d. Actio libera in causa. e. Duda sobre el estado mental del agente. 4. Imputabilidad según el art. 15. 5. Imputabilidad disminuida. a. Generalidades. b. Técnica legislativa. c. Causas. 6. Jóvenes delincuentes (art. 22). 7. Ancianos. VII. Error de prohibición. 1. Introducción. 2. Evolución legislativa. a. Ignorancia de la ley no excusa (error juris nocet). b. Error de hecho y de derecho. c. Error de prohibición. c.1. Regulación. c.2. Modelo alemán recepcionado. 3. Art. 14. a. Generalidades. b. Objeto del error de prohibición. c. Formas de error de prohibición. c.1. Error de prohibición directo. c.2. Error de prohibición indirecto. c.3. Error sobre las circunstancias materiales de una causa de justificación. c.4. Error de prohibición invencible. c.5. Consecuencias penales. VIII. Exclusión de la culpabilidad. 1. Introducción. 2. Estado de necesidad excusable. a. Evolución legislativa. b. Presupuestos del estado de necesidad. c. Restricción a la exculpación. 3. Exceso en la legítima defensa. 4. Miedo insuperable. a. Regulación legislativa. b. Índole de la circunstancia. c. Presupuestos de la exculpación. d. Origen del miedo. e. Miedo insuperable. f. Ponderación de males. 5. Error sobre las circunstancias materiales de las excusas absolutorias.

I. Culpabilidad y responsabilidad

En materia penal, se utiliza el término responsabilidad en diversos sentidos; por ejemplo, para indicar que se ha probado que el procesado es el autor del delito y que debe, por lo tanto, ser condenado; o para señalar que el autor de una infracción es capaz de actuar penalmente y ser sometido a una pena. Además, se recurre[508] a él para designar una categoría penal que complementa las condiciones que deben comprobarse antes de imponer una pena. Esta propuesta tiende a perfeccionar y completar la teoría del delito mediante en relación con el criterio de la imputación subjetiva. 1589

A pesar de los esfuerzos realizados, la noción de responsabilidad en el sentido indicado en tercer lugar no ha ganado en precisión, pues, las definiciones dadas han estado estrechamente relacionadas con las concepciones dogmáticas que han servido de punto de partida a sus autores. Tampoco ha sido fijada su función, ni en la sistemática de la teoría del delito, ni a nivel de la política criminal. Sin embargo, el análisis de los diferentes planteamientos que ofrece la doctrina permite comprobar que, como casi siempre sucede, el objetivo buscado es el de dar una solución más conveniente a algunos casos que no son tratados de manera coherente por el esquema conceptual predominante. Mediante la noción de responsabilidad se trata, en efecto, de esclarecer por qué, en ciertas circunstancias, no se pena al agente a pesar de que éste ha actuado culpablemente, en la medida en que el mismo puede acatar el mandato de comportarse conforme al derecho. 1590

Si se admite entonces que en estas situaciones la culpabilidad subsiste aunque bastante disminuida, se debe reconocer, en consecuencia, que ésta no basta para imponer la pena, sino que debe constatarse que se dé la responsabilidad. Esta última implica valorar la necesidad preventiva de castigar al 1591

508 Roxin, 2006a, § 19 N° 1 ss.

agente culpable. Esta necesidad se desprende casi siempre de la incriminación del acto en el momento en que el legislador estatuye los tipos penales. Sin embargo, esto no siempre ocurre. Así, en caso de estado de necesidad no se reprimirá al agente, aun cuando sea culpable, porque se considera que la pena, como medio de prevención, no es indispensable para obligarlo a que se comporte conforme al orden jurídico.

1592 La noción de responsabilidad es por lo tanto de índole normativa. Constituye una valoración del hecho típico y antijurídico, que permite determinar si se debe penar al autor culpable en la perspectiva de los fines de prevención del derecho penal. La responsabilidad supone, en consecuencia, la culpabilidad y la necesidad preventiva de pena. Esta concepción permite reforzar la protección de las personas frente a la intervención punitiva del Estado: por un lado, la culpabilidad sigue siendo el fundamento y el límite máximo de la pena y, por otro, ésta no puede ser agravada por simples razones de prevención general o especial. La necesidad de prevención exige que el autor culpable sólo pueda ser sancionado en caso de ser indispensable por prevención[509].

1593 En este contexto, hay que recordar, en primer lugar, la necesidad de conservar la noción de culpabilidad; criterio indispensable mientras que la pena subsista. En segundo lugar, que el problema no puede ser reducido a la alternativa siguiente: conservación o eliminación de la culpabilidad. Se trata más bien de renovar el contenido del elemento culpabilidad teniendo en cuenta los fines preventivos del derecho penal, puesto que éste no puede seguir siendo considerado sólo en relación con su función represiva[510].

II. Regulación legislativa

1594 En la exposición de motivos del Proyecto de 1990[511], retomada sin modificación alguna como exposición de motivos del Código, se dice: "El Proyecto consagra el importante principio de la co-culpabilidad de la so-

509 ROXIN, 2006a, § 19 N° 6.

510 En este sentido, no es acertada la opinión de VILLAVICENCIO, 2001, p. 186, para quien el uso del término "responsabilidad" en vez de "culpabilidad" se justifica más bien en la intención de "evitar cualquier criterio que se identifique con el retribucionismo"; cfr. VILLAVICENCIO, 2006, p. 579 ss.

511 Separata especial del Diario oficial El Peruano del 17 de julio de 1990, p. 12. Ver: CP de 1991, p. 9.

ciedad en la comisión del delito cuando prescribe 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. 51, inc. 1). En esta forma nuestra colectividad estaría reconociendo que no brinda iguales posibilidades a todos los individuos para comportarse con adecuación a los intereses generales, aceptando cierta responsabilidad en la conducta delictiva, *mea culpa* que tiene el efecto de enervar el derecho de castigar que el Estado ejerce en nombre de la sociedad. La Comisión Revisora conceptúa que la culpabilidad compartida a la que se alude, disminuye o desaparece en la misma medida en que el delincuente haya tenido las oportunidades de comportarse según las normas de convivencia social". En este sentido, Stratenwerth[512] dice con acierto que el derecho penal retributivo que, en base al reproche de culpabilidad, responsabiliza sólo al autor de la infracción y que luego lo abandona a su propia suerte, debería ser reemplazado por una forma de reacción penal que extraiga las consecuencias de la corresponsabilidad de la sociedad y que ejerza por lo tanto frente al autor una solidaridad humana.

La "co-culpabilidad" o "culpabilidad parcial", a la cual se refiere la exposición de motivos, se comprende mejor si se tiene en cuenta la explicación siguiente, dada en el mismo párrafo citado: la sociedad acepta así "una responsabilidad parcial en la conducta delictiva"; es decir, responsabilidad de que el autor haya cometido una acción típica, antijurídica y culpable. De este modo, por un lado, la reacción penal sigue explicándose y justificándose en relación con la autodeterminación del agente en calidad de persona y, por otro, en que la imposición de una pena determinada y la manera de ejecutarla están condicionadas por el contexto social. 1595

Mediante esta explicación, se busca justificar el cambio de concepción de la culpabilidad como elemento de la infracción penal. Dicho cambio se refleja en la nueva terminología empleada en el TP para determinar el fundamento y el límite de la pena. En efecto el término "culpabilidad" es reemplazado por el de responsabilidad: "la pena requiere de la responsabilidad penal" (art. VII) y "la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho" (art. VIII). Además, dándole un sentido un poco diferente, se utiliza el vocablo "responsabilidad" en el art. 46, igual que en el art. 52 del Proyecto de 1990. Según esta disposición, "para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el juez atenderá la responsa- 1596

512 Stratenwerth, 1982b, p. 41.

bilidad y la gravedad del hecho punible...". Así, se modificaron las fórmulas utilizadas con anterioridad: "los jueces apreciarán la culpabilidad y la peligrosidad del agente..." (CP de 1924, art. 51; Proyecto de 1984, art. 39); "toma en cuenta la gravedad del hecho cometido y la personalidad del autor..." (Proyecto de octubre de 1984, art. 60); "toma en cuenta la gravedad del hecho punible y la personalidad del autor..." (Proyecto de 1985, art. 71; Proyecto de 1986, art. 70). La situación se agrava en el Anteproyecto de CP de 2004 y en el de 2009, por la deficiente técnica legislativa y la incoherencia conceptual. En su art. VII, se vuelve a establecer que la "culpabilidad" es indispensable para imponer una pena; mientras que en el artículo siguiente, repitiendo el texto vigente, se dispone que la pena "no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho". Como quiera que en el art. 20 ss., del Código (causas que "eximen o atenúan la responsabilidad penal") se incluye a la legítima defensa (causa de justificación), debe concluirse que el término responsabilidad no es entonces empleado en el mismo sentido que en el art. 46 o en el párrafo de la exposición de motivos citado líneas arriba. En estos dos últimos casos, el sentido es más restringido que en el primero, que se refiere a la declaración de la responsabilidad del agente que ha realizado todos los elementos del delito. En sentido restringido (art. 46 o exposición de motivos), el término "responsabilidad" abarca sólo a uno de sus presupuestos, el mismo que, tradicionalmente, ha sido denominado "culpabilidad".

1597 Para imponer la pena, el juez debe ante todo individualizarla dentro de los límites legales teniendo en cuenta la culpabilidad (denominada responsabilidad en el art. 46; así mismo en el art. 48 del Proyecto de 2004) del agente y la gravedad del hecho. Respecto a esta última, debe considerar las anteriormente denominadas "circunstancias objetivas y subjetivas" (CP de 1924, art. 51). Después, debe determinar y fundamentar la necesidad (de prevención general y de prevención especial) de la pena, considerando las carencias sociales que hubiera sufrido el agente; su cultura y sus costumbres; los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que dependen de ella (art. 45). No obstante, hay que llamar la atención sobre la dificultad de diferenciar, por un lado, la valoración que el juez debe realizar sobre la cultura y las costumbres del agente para fundamentar y determinar la pena (art. 45 inc. 2) y, por otro, la referida a la educación, situación económica y medio social del sujeto para la individualización de la sanción (art. 46, inc. 8).

III. No hay pena sin culpabilidad

El principio "no hay pena sin culpabilidad" es uno de los pilares fundamentales del derecho penal[513]. Ésta es el fundamento, la justificación y la *conditio sine qua non* de la pena. Su historia es la evolución de los esfuerzos realizados con miras a eliminar todo rezago de responsabilidad objetiva. 1598

Dos ideas se hallan en la base de esta concepción. La primera, colocar a la persona en el centro del derecho penal. La segunda, rechaza la responsabilidad objetiva fundada sobre la simple causalidad material (*versari in re illicita*): nadie puede ser considerado, sin más, responsable de todas las consecuencias de su comportamiento. 1599

Los códigos penales modernos han sido elaborados sobre la base del principio de la culpabilidad[514]. El legislador, siguiendo al modelo helvético, lo consideró al elaborar el CP de 1924. De acuerdo con las ideas vigentes en aquel entonces. previó el dolo y la culpa como dos formas de culpabilidad. Además, estableció, en la parte especial, como circunstancia agravante, la preterintencionalidad. 1600

En los proyectos de 1984, 1985 y 1986, siguiendo el CP colombiano de 1980, se mencionaba en la parte general la preterintención. Así, se establecía que "la culpa y la preterintención son punibles sólo en los casos expresamente determinados por la ley". Mención que no ha sido conservada en el Código vigente, el mismo que prevé en relación con algunos delitos la agravación de la pena a título de preterintención. Pero como ya lo hemos indicado[515], esta noción no constituye una forma autónoma junto al dolo y a la culpa. Por lo que resulta superfluo su mantenimiento, ya que si mediante un sólo comportamiento se realizan dos tipos legales (aborto y homicidio) basta aplicar las reglas del concurso ideal[516]. Solución adoptada en algunos códigos modernos[517]. De esta manera se logra respetar mejor el principio de la culpabilidad. 1601

513 Esta afirmación es generalmente formulada en los tratados o manuales de derecho penal. Entre los principales trabajos, citemos: ACHENBACH, 1974; ROXIN, 1974a, p. 171; NOLL, 1966, p. 219; JAKOBS, 1997, p. 365 ss.; STRATENWERTH, 1972, p. 3; BAUERMANN, 1980, p.196 ss.; OTTO, 1981, p. 481 ss.; BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 18 N° 2 ss.; TIEDEMANN, 2009, p. 33 ss.; MARINUCCI/DOLCINI, 2006, p. 245 ss.

514 CASTILLO ALVA, 2002, p. 369 ss.; PRADO, 1996, p. 35 ss.; URQUIZO OLAECHEA, 2006, p. 158 ss.

515 Cfr. *supra* N° 1129.

516 Cfr. *supra* N° 2422 ss.

517 SUÁREZ, en COBO DEL ROSAL Y OTROS, 1999, p. 183 ss.

1602 En consecuencia, se puede afirmar que el derecho penal peruano -como todo derecho moderno- es un derecho penal basado en el acto culpable, conforme lo prevé el art. VII. Los juristas siempre han estado de acuerdo en decir que la culpabilidad es un elemento esencial de la infracción; por eso han definido el delito como la acción típica, antijurídica y culpable[518].

IV. Noción de culpabilidad

1. Concepción psicológica

1603 Bajo la influencia del positivismo filosófico y en oposición a la tesis del derecho natural, los juristas de mitad del siglo XIX describieron la culpabilidad como el lazo psicológico que une al autor de un acto con el resultado perjudicial que ocasiona. Franz von Liszt[519] afirmó que el agente es culpable porque causa, mediante un acto voluntario, un perjuicio ilícito. Según este criterio, llamado psicológico, la culpabilidad puede presentarse de dos maneras diferentes: la intención o dolo y la negligencia o culpa.

1604 Esta concepción es insuficiente[520]. No explica, primero, por qué si la capacidad de imputación sólo es considerada como una condición de la culpabilidad, el comportamiento de un enfermo mental no podía ser declarado culpable a pesar de que actuaba intencionalmente en el sentido natural. Segundo, el porqué de la impunidad en caso de estado de necesidad disculpante aun cuando el agente obrara con dolo. Tercero, por qué se comprendía la culpa inconsciente (el obrar sin darse cuenta de las consecuencias previsibles del acto) como una forma de culpabilidad, no obstante el hecho de que dicha culpa se caracterizaba, justamente, por la ausencia de toda relación psicológica entre el autor y el resultado (p. ej., el guardavía que se duerme y "causa" un grave accidente ferroviario en el cual mueren varias personas).

2. Concepción psicológico-normativa

1605 Para corregir las insuficiencias de la concepción psicológica, algunos penalistas[521] recurrieron a las ideas filosóficas neokantianas dirigidas a sobre-

518 BRAMONT ARIAS, 1978, p. 268; PEÑA CABRERA, 1995, p. 269 ss.; HURTADO POZO, 1987, p. 322 ss.; VILLAVICENCIO, 2006, p. 563.

519 LISZT/SCHMID, 1932, p. 159 ss.

520 En relación con las críticas formuladas contra la tesis sicológica, Cfr. JESCHECK/WEIGEND, § 38 II 2; BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 18 N° 10 ss.

521 Por ejemplo, MEZGER, 1967, p. 109; FRANK, 1907, p. 11; GOLDSCHMIDT, 1930, p. 428.

pasar el positivismo, bajo cuyo amparo había precisamente florecido dicha tesis. Con este objeto, fijaron como factor indispensable el estado espiritual normal del agente (en el sentido de capacidad penal). Además, admitieron que el elemento psíquico de la culpabilidad no podía constituir siempre una relación concreta entre el autor del acto y el resultado (dolo), sino que bastaba la posibilidad de que existiera (culpa), y por último exigieron que el hecho tuviera lugar en circunstancias normales (es decir, por ejemplo, no en estado de necesidad). Dadas estas tres condiciones, el hecho cometido podía valorarse como culpable y, en consecuencia, reprochar al agente su comportamiento (haber cometido el hecho con dolo o con culpa). Así, introdujeron un factor nuevo de índole normativa: el juicio de valor o de reproche. La culpabilidad fue entonces definida como el reproche formulado contra el delincuente por haber cometido un acto ilícito, a pesar de haber podido actuar conforme al derecho[522].

De esta manera, se lograron superar, en cierta medida, las deficiencias de 1606
la concepción psicológica. Por ejemplo, a pesar de la presencia del dolo no se admitía la culpabilidad cuando el agente era incapaz u obraba en estado de necesidad que exculpa. Esto permitió explicar y ordenar de manera más conveniente los elementos constitutivos de la culpabilidad. La capacidad penal, por ser indispensable para la formación de la voluntad delictiva, fue considerada como una condición previa a la culpabilidad, como presupuesto de ésta. En cuanto al dolo y la culpa, fueron calificados como formas de su manifestación. Finalmente, las circunstancias excluyentes de la culpabilidad fueron explicadas recurriendo al criterio normativo de la "no exigibilidad de otra conducta".

3. Concepción normativa

Los partidarios de la teoría finalista de la acción[523] criticaron con vehemen- 1607
cia la concepción normativa de la culpabilidad. De acuerdo con su manera de concebir la acción humana, desplazaron el dolo del ámbito de la culpabilidad al de la tipicidad. Definieron el dolo como el fin perseguido por el agente y, por lo tanto, como un elemento subjetivo del tipo legal (objeto del juicio de valor de la ilicitud). En cuanto a la culpabilidad, con-

522 Este es el criterio que ha sido, generalmente, admitido entre nosotros y esto debido a la influencia, sobre todo en un inicio, a la labor divulgadora de Jiménez de Asúa.

523 Welzel, 1969, p. 138; 1941, p. 428; Maurach/Zipf, § 36 N° 17; Cfr. Baumann/Weber/Mitsch, 2003, § 18 N° 16 ss.

sideraron que estaba constituida sólo por elementos normativos referidos al ilícito personal. Según esta concepción, la culpabilidad consiste en un juicio de reproche dirigido contra el autor. El objeto de este reproche es la actitud incorrecta del autor ante las exigencias del orden jurídico, actitud que se concreta en el hecho típico e ilícito. Esto supone que el agente se haya decidido a actuar violando su deber de conformarse a los mandatos del orden jurídico. En consecuencia, se le juzga negativamente porque, en el caso concreto, hubiera podido adecuar su voluntad al mandato legal. La evitabilidad subjetiva de la violación del deber jurídico constituye, pues, la condición fundamental del juicio de culpabilidad.

1608 Como el derecho penal es un derecho de actos humanos, el punto de referencia del juicio de culpabilidad lo constituye el comportamiento ilícito. El reproche no concierne al carácter o a la manera de ser del agente, ni a su modo de vida. Estos factores sólo son considerados, después de haber establecido la culpabilidad, para individualizar la pena dentro de los límites establecidos por aquella. Dicho de otra manera, se reprime al delincuente por lo que él puede voluntariamente hacer, no por lo que él es.

1609 Concebir la culpabilidad como un juicio de reproche[524] no significa que se le confunda con un juicio de desaprobación moral. El juicio de culpabilidad, antes bien, depende en el fondo, aunque no sólo, de los criterios ético-sociales del orden jurídico. Es innecesario, por lo tanto, comprobar además si el comportamiento del agente merece o no ser desaprobado también por la moral.

V. Impugnación de la culpabilidad

1610 Dentro de los esquemas dogmáticos, el principio de la culpabilidad ha sido cuestionado de manera muy limitada. Con independencia de la teoría de la culpabilidad que se adopte, se presupone siempre, por un lado, la libertad personal y, por otro, la posibilidad de comprobar que el autor de una infracción era -en el momento de cometerla- en realidad libre de obrar contra el derecho. Esto significa, en otras palabras, que la culpabilidad se fundamenta sobre la aceptación del libre arbitrio[525].

---

524 CASTILLO ALVA, 2002, p. 439 ss.

525 LANGE, 1964, p. 277 ss.; KAUFMANN, 1961a, p. 127 ss.; WELZEL 1969b, p. 91, 101; RUDOLPHI, en SK, AT 1, § 20 N° 25; BOCKELMANN, 1963, p. 372; BOCKELMANN/VOLK, 1987, § 16 II; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 37 II 2.

El cuestionamiento se produce cuando se pone en tela de juicio las bases mismas de la culpabilidad. Así, cuando se admite una concepción determinista. En efecto, si el delincuente estuviera fatalmente determinado a delinquir, sería absurdo reprocharle su manera de comportarse. Ésta era, precisamente, la idea defendida por los criminólogos positivistas italianos[526], con arreglo a la cual el delincuente no era culpable y, en consecuencia, no podía ser castigado. De esta tesis determinista se deriva la idea de que el derecho penal debería ser substituido por un derecho de defensa social y la pena debería ser remplazada por medidas de seguridad y de tratamiento. 1611

Frente a estos ataques, los penalistas trataron de eludir el problema aceptando *a priori* el libre arbitrio o afirmando que no incumbía al derecho penal tomar partido en favor del determinismo o del indeterminismo. 1612

Algunos penalistas, sin dudar de la culpabilidad, admiten sin embargo la imposibilidad de demostrar la libertad del hombre individualmente considerado. Esto los lleva a explicar la culpabilidad en el marco de una apreciación comparativa de orden social (*sozial-vergleichendes Schuldurteil*)[527]. Esta apreciación equivale a preguntarse "si un individuo medio hubiera podido, encontrándose en las mismas condiciones que el autor del acto, obrar diferentemente". Ante la imposibilidad de constatar "la posibilidad individual y concreta de actuar diferentemente", se propone sustituir este criterio por uno de índole normativa, basado en "la posibilidad de actuar que posee una persona media abstracta". Dicho de otra manera, para determinar si una persona es culpable, sería entonces suficiente comparar su comportamiento con el que se podría atribuir, en circunstancias similares, a una persona media. 1613

Quienes niegan el libre arbitrio o consideran imposible probar -en el caso concreto- la libertad de actuar del delincuente, piensan, en consecuencia, que la culpabilidad es una noción inútil y admiten que el derecho penal puede ser concebido sin ella[528]. Bastaría, según ellos, servirse de los medios que ofrecen las ciencias humanas -en particular la psicología y la psiquiatría- para explicar la necesidad y la utilidad del derecho penal. 1614

Otros, al comprobar la fragilidad de la base sobre la cual descansa la culpabilidad, juzgan indispensable renovar el contenido tradicionalmente 1615

526 FERRI, 1928, 284 ss.; 1893, 333 ss.

527 Cfr. JESCHECK/WEIGEND, 1996, §39 III 1; MAURACH/ZIPF, 1992, I § 36 N° 12.

528 GIMBERNAT, 1970, p. 379 ss.

atribuido a esta última. Por ejemplo, basándose en parte en las ideas de Luhmann (teoría de los sistemas), Jakobs[529] propone una noción funcional. Como toda otra noción jurídica, la de la culpabilidad no puede ser establecida sin considerar el contexto social que, por lo que se refiere a los efectos del derecho penal, puede ser descrito de modo esquemático como las relaciones recíprocas existentes entre las personas. Estas relaciones no podrían darse si cada uno de los participantes no confiara en que todos los demás van a actuar conforme a las normas, concebidas como criterios de orientación para la realización de las acciones. La violación de estas normas constituiría una infracción que pone en evidencia la falta de motivación del agente para actuar según las pautas trazadas por dichas normas. Caracterizar este déficit de motivación es uno de los objetivos de la noción de culpabilidad, que puede ser definida, según Jakobs, como la responsabilidad del agente por dicha falta de motivación en el momento de cometer un acto antijurídico[530].

1616 Ahora bien, la reacción frente a esta manera de actuar del agente constituye la pena, mediante la cual se manifiesta, de manera general, que debe de obedecerse la norma. La imposición de la pena, previa atribución de la culpabilidad, compensa la perturbación de la confianza en la norma (dicho de otra manera, en el ordenamiento jurídico) ocasionada por la acción antijurídica del agente (motivado de modo insuficiente para actuar conforme a derecho).

1617 Mediante la imposición de las penas, se pretende en consecuencia enseñar a tener confianza en la norma (así, se aumentan las posibilidades de que el acto sea considerado como un acto que no debe ser ejecutado), a asumir la fidelidad hacia el derecho (asimilándose que la ejecución del acto está vinculada al deber de asumir los costes que acarrea) y, por último, a aceptar estas consecuencias. Y como estos fines conciernen a todos y cada uno de los actores de las interacciones sociales (comprendidos los conflictos, es decir las infracciones), se puede afirmar que la función de la pena es la prevención general positiva, distinta a la negativa (intimidación o escarmiento) que posee en su aplicación características psicológicas individuales. Esta función se cumple mediante el ejercicio del reconocimiento de la norma; es decir, en la obediencia del derecho. En la perspectiva de esta finalidad de prevención general positiva, se determina la culpabilidad. Su conteni-

529 JAKOBS, 1991, 17/18 ss.; Cfr. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 638 ss.

530 JAKOBS, 1991, 17/22.

do sólo está precisado en la medida en que lo está el fin de la pena. Así, la noción de culpabilidad es configurada funcionalmente, es decir, como concepto fructífero de acuerdo con los requisitos del fin de la pena para una sociedad que responde a una estructura determinada.

El inconveniente más serio de esta concepción reside en el hecho de que 1618
la determinación de la culpabilidad depende de lo que se considera como indispensable para adiestrar a las personas en la lealtad al ordenamiento jurídico. Las circunstancias personales dejan de ser decisivas y, en consecuencia, se abandona la base que hace de la culpabilidad un límite del poder punitivo estatal. Todo esto implica un retroceso ya que la persona es convertida en un simple medio para satisfacer intereses sociales de consolidación de la fidelidad al derecho. Finalmente, el hecho de que se carezca de un criterio exacto para saber lo que es necesario para lograr dicho objetivo, ni cuándo la perturbación del orden justifica el juicio de culpabilidad, crea una gran inseguridad porque se otorga al juez un poder absoluto para precisar lo que es necesario para restablecer la confianza o fidelidad en el derecho. En la medida en que no respeta la dignidad de la persona (al ser instrumentalizada) y en que la culpabilidad ya no es un límite eficaz para la represión, esta concepción contradice doblemente la Constitución.

Sin llegar a estos extremos, la concepción que admitimos, defendida sobre 1619
todo por Roxin[531], plantea una renovación de la noción de culpabilidad. Este autor, de acuerdo con su idea sobre la justificación social de la pena, considera culpable a quien ejecuta un acto típico y antijurídico a pesar de que es capaz tanto de comprender la exigencia del derecho, como de controlar su comportamiento (calidad de poder ser influenciado por el mandato jurídico y de optar por la alternativa de actuar conforme al orden jurídico). La posibilidad que tiene el agente de conocer y obedecer los mandatos del ordenamiento jurídico permite tratarlo como persona libre y hacerle expiar su delito.

De esta manera, la culpabilidad, como categoría dogmática del delito, viene 1620
a ser complementada con la responsabilidad, renovándose y enriqueciéndose así su comprensión en armonía con las finalidades preventivas del derecho penal. La responsabilidad es igualmente de índole normativa y se la deberá interpretar conforme a la necesidad preventiva de la pena que debe deducirse de la misma ley. La culpabilidad es sin duda alguna el fundamen-

[531] Roxin, 2006a, § 19 N° 42.

to y límite de la sanción, mas ésta sólo debe ser impuesta si aparece como indispensable en consideración a la necesidad de prevención. Sin embargo, la culpabilidad no depende de dicha necesidad de prevención (general o especial), sino de la capacidad de control del agente, la misma que puede ser examinada empíricamente y sirve, por lo tanto, de límite al poder punitivo del Estado.

1621 El punto de referencia del juicio de culpabilidad es el comportamiento típico y antijurídico (doloso o culposo) en la perspectiva de la actitud censurable jurídicamente de la cual surge la decisión de actuar contra al derecho. El reproche expresado al autor por su acto está basado en su actitud reprobable, la misma que da al acto su contenido positivo o negativo. En consecuencia, la culpabilidad es el reproche, y no la característica del hecho típico y antijurídico de ser "reprobable" ("reprochable", "censurable"). Como reproche, la culpabilidad concierne a la actitud personal del agente que es desfavorable al ordenamiento jurídico. En la medida en que dicha actitud, por un lado, se manifieste como dolo o culpa y, por otro, se refiera al injusto, la culpabilidad es graduable en cuanto a su intensidad (de la misma manera que lo es la ilicitud).

1622 Las condiciones del juicio de culpabilidad, de acuerdo con la doctrina dominante, son la capacidad de culpabilidad, el posible conocimiento del carácter prohibido del acto y la falta de circunstancias de exclusión de la culpabilidad.

VI. Capacidad de culpabilidad (imputabilidad)

1. Generalidades

1623 En derecho penal, se distingue entre personas mayores de 18 años de edad (a las cuales se presume capaces de obrar culpablemente y de comprender el sentido de la prohibición y de la pena) y menores de 18 años (excluidas del derecho penal común y sometidas a un derecho de carácter preventivo tutelar).

1624 En cuanto a la aplicación de las medidas represivas y correctivas previstas por el derecho de menores, el problema de la capacidad de culpabilidad o imputabilidad no se plantea de la misma manera que en el derecho penal común. En efecto, éste es, sobre todo, un derecho penal del acto y por esto la imposición de la pena depende del principio: "no hay pena sin culpabili-

dad", (responsabilidad, en la terminología del Código)[532]. En consecuencia, es indispensable comprobar en este caso si el agente es capaz de actuar culpablemente; es decir, si es imputable. En cuanto a los menores, al contrario, la primera preocupación no consiste en determinar su responsabilidad y, luego, la pena respectiva. La prioridad la tiene el hecho de determinar su personalidad y situación con el fin de someterlo a un tratamiento adecuado. No obstante, si éste se revela innecesario, se decidirá entonces si el menor merece una de las penas especiales previstas para él. En este caso, sólo será indispensable constatar la capacidad penal y la responsabilidad.

2. Menores de edad

a. Introducción

En general, el punto de partida es que la la imputabilidad no se adquiere de repente, sino que es el resultado de un largo y lento proceso. Si al elaborarse las disposiciones penales no se tuviese en cuenta este hecho, se ignoraría entonces la realidad humana y social. Es, pues, necesario considerar las diferentes etapas por las que pasa la persona; la cual crece y se desarrolla conforme a sus cualidades innatas y al medio ambiente ("*milieu*") en que se desenvuelve[533]. 1625

Sin pretender analizar las diversas etapas de la vida del individuo, señalemos, al menos, que el paso de la niñez a la madurez es un período de particular e intensa tensión, interna y externa. Dicha tensión será superada, biológicamente, con el paso a la pubertad (madurez sexual) y, sociológicamente, con la adecuación al nuevo papel social de adulto. Esta fase de tránsito se caracteriza por un desequilibrio notable en el mundo interno del adolescente y por las contradicciones existentes entre "su personalidad y su situación vital externa". 1626

El crecimiento biológico del individuo no va siempre a la par de su desarrollo intelectual y moral. El adolescente posee una gran energía corporal, pero todavía no los mecanismos de control e inhibición propios del adulto. Las vivencias del individuo en esta etapa se orientan con intensidad hacia la autorealización, mediante una fuerte acentuación del "yo", marcada por un poderoso afán de imponerse. Su inseguridad interna se manifiesta por un claro sentimiento de orgullo y de rebeldía fren- 1627

532 Ver *supra* N° 437, 495. Cfr. García Cavero, 2008. p. 505 ss.

533 Sobre crecimiento y desarrollo, consultar las explicaciones de Piaget, 1968, p. 31 ss.

te al sistema. Todo esto constituye una señal de debilidad e incapacidad para comprender todas las consecuencias de su manera de actuar. Esta situación se complica por su volubilidad e inconstancia que dificultan el proceso de inserción social.

1628 La duración de esta etapa de la vida del individuo no es uniforme: varía según sus cualidades innatas, el medio geográfico y el contexto socio-cultural en que vive. Los especialistas no han llegado a ponerse de acuerdo respecto a un límite; pero sí son unánimes al afirmar que los actos realizados por el individuo en esta fase de la vida no pueden ser observados y valorados de la misma manera que los actos de una persona madura. Esta es la razón por la que el legislador en materia penal, ha tratado de adecuar, de manera más o menos acertada, la regulación de la capacidad penal de las personas a los resultados obtenidos por el progreso de las ciencias humanas.

b. Evolución legislativa nacional

b.1. Código Penal de 1863

1629 En el CP de 1863, se diferenciaban tres categorías: la primera constituida por menores de 9 años; la segunda, por mayores de 9 años y menores de 15; la tercerda, por menores de 18 años y mayores de 15; y, la última, por mayores de 18 años.

1630 Los menores de 9 años eran considerados como irresponsables en derecho penal. A quienes se encontraban entre 9 y 15 años, se les favorecía con la presunción legal de irresponsabilidad. Para imponer una sanción penal a un menor perteneciente a este grupo, era en consecuencia necesario probar que había obrado con discernimiento (art. 8, inc. 3). Además, el juez debía atenuar con mesura la pena y, en todo caso al menos en dos grados (arts. 9, inc. 3, y 60). Si el agente era mayor de 15 años y menor de 18, se presumía su responsabilidad, pero aún procedía la atenuación de la pena (arts. 10, inc. 2, y 57).

1631 Así, la mayoría penal era fijada a los 9 años. Los mayores de esta edad caían, por lo tanto, en el dominio del derecho penal en cuanto incurrieran en una acción delictiva, salvo que fueran menores de 15 años y actuado sin discernimiento. La ley elevaba así el límite de la mayoría penal. Sin embargo, en la práctica, los menores de 15 años no eran sometidos a todas las rigurosas formas del enjuiciamiento, puesto que estos menores permanecían, durante su procesamiento, en libertad. Se les colocaba bajo la custodia de

una persona responsable hasta que se esclareciera en la sentencia si habían obrado o no con discernimiento y si se les podía condenar o no[534].

Este sistema provenía del CP español de 1848-50, fuertemente influenciado por la legislación francesa de la época. En Francia, se había establecido la presunción absoluta de irresponsabilidad penal para los niños menores de 7 años. La mayoría de edad penal estaba fijada a los 16 y la ley imponía a los jueces o jurados la obligación, en el caso de los menores de 16 años, de analizar si habían actuado o no con discernimiento. Si la respuesta era positiva, se preveía su condena a una pena atenuada en razón, justamente, de su minoría de edad. Si no, debían ser entregados a sus padres o confiados a una casa de corrección hasta que cumplieran 20 años[535]. 1632

En la actualidad, los países cuyas legislaciones pertenecen al sistema del *common law* establecen, en principio, una presunción absoluta de irresponsabilidad para los niños menores de 7 años. Esta presunción es relativa para los menores de 14 años y mayores de 7. Pero llegado el caso, el menor podría ser juzgado, inclusive, por un tribunal de derecho común, según las reglas de este sistema[536]. 1633

b.2. Código Penal de 1924

La adopción del CP de 1924 produjo un cambio importante en el ámbito del derecho de menores. Inspirándose en los proyectos helvéticos, nuestro legislador hizo suyos los principios que, partiendo de los EE.UU. de América, ganó poco a poco terreno en las legislaciones europeas. El paso decisivo que se dio entonces consistió en el abandono del discernimiento como factor discriminante entre menores punibles y no punibles. Tal criterio fue considerado como insuficiente y defectuoso. 1634

Se firaron los límites de edad a los 13, 18 y 21 años. Los niños (menores de 13 años) y los adolescentes (mayores de 13 años y menores de 18) fueron excluidos del derecho penal común. La razón de este cambio no fue evitar someter a los menores de 18 años a una medida determinada, sino más 1635

534 Arias, T. I, p. 69 ss. Este autor no estaba de acuerdo con la determinación de un límite de edad fijo. Opinaba que a cierta edad debería comenzar la responsabilidad para determinados delitos; más tarde, para los que sean violatorios de derechos que sólo se pueden concebir cuando ya se ha ingresado en la vida ciudad.

535 Sobre la evolución del derecho de menores en Francia, ver: Besson/Heuyer/Levasseur/Ceccaldi, 1958; Besson/Chombart de Lauwe/Germain/Heuyer/Levasseur, 1961.

536 Susman/Baum, 1968.

bien fijar las medidas que fueran adecuadas para su situación personal. De ahí que el juez debiera interrogarse sobre cuál era la medida idónea para salvarlos, o desde un punto de vista diferente, cómo los haría inofensivos para la sociedad[537] La aplicación de estas medidas dependía de que el menor se encontrara o no en estado de abandono material o moral, peligro moral, perversión moral o persistente inclinación a las malas tendencias. Las medidas imponibles a los niños y adolescentes se distinguían por ser sobre todo curativas, de tratamiento o por su carácter correctivo-sancionador. Así, por ejemplo, en el caso de un menor de 13 años en estado de abandono material o de peligro moral que hubiera cometido un hecho calificado de delito o falta, la autoridad competente podía ordenar su entrega a una familia digna de confianza, su internamiento en una casa de educación (privada o pública) o en un establecimiento apropiado (art. 138, asilo, institución de asistencia). Si no se encontraba en estado de abandono ni de peligro, dicha autoridad podía dejarlo en poder de su familia, después de una admonición o advertencia a los padres y de una reprimenda al mismo niño o de arrestos escolares (art. 139). La reprimenda y los arrestos escolares constituían (y constituyen todavía), penas en efecto adecuadas a la personalidad de los menores. Lo mismo se podía decir de la colocación de un adolescente (mayor de 13 años y menor de 18), autor de un delito reprimido con la pena de prisión, en una Escuela de Artes y Oficios, en una Granja escuela o en una Escuela correccional (art. 142). El carácter sancionador o correccional de la medida era sin embargo más evidente cuando al adolescente, autor de un hecho reprimido con penitenciaría o relegación, se le internaba en una sección especial de la Escuela correccional o en una Escuela correccional especial (art. 143).

1636 El carácter en particular preventivo de estas medidas, aunque algunas de ellas tenían un aspecto correctivo-sancionador, radicaba en el hecho de que eran graduadas conforme a las características personales del menor y que su aplicación dependía, en especial, de la situación personal de aquel. Para determinar qué medida había que imponerle, el juez debía considerar, sobre todo, la conveniencia de que se le aplicara una puramente preventiva. Sólo cuando la situación del menor no exigiera o aconsejara una medida de tal índole, se decretaba una más grave de carácter correctivo-sancionadora.

1637 En el derecho penal de adultos, el razonamiento era (y aún es) inverso. En el momento de sancionar, el juzgador debía preguntarse, ante todo, cuál era

[537] Zürcher, 1914, p. 33.

la pena que merecía el agente. Y, sólo después de imponérsela, conforme a su grado de culpabilidad, podía considerar la posibilidad de aplicarle una medida de seguridad, según su situación personal y grado de peligrosidad.

Finalmente, el paso más importante dado por nuestro legislador en 1924, 1638
en favor de una regulación punitiva de menores distinta del derecho penal común y, por lo tanto, contraria al derecho penal de actos, fue la inclusión de medidas especiales. En el art. 145, se previo que "en todos los casos en que fuera necesaria la preservación o la asistencia de los niños abandonados, moralmente pervertidos o en peligro moral, aun cuando todavía no hubieran cometido hechos reprimidos como delito". De esta manera, el fundamento de la reacción penal era el estado personal del menor y no un acto penalmente significativo.

En el CP de 1924, se reconocía una escasa importancia a la índole del acto 1639
cometido. La manera como el agente ha procedido y la comprensión que tuvo de su accionar, tenían relevancia como síntomas. Así, el art. 137 de este Código disponía que "la autoridad competente investigará la situación material y moral de la familia, el carácter y los antecedentes del menor, las condiciones en las que ha vivido y ha sido educado y las providencias convenientes para asegurar su porvenir honesto", y que podía completarla con un examen médico.

En los diversos proyectos de reforma; esta orientación fue seguida, salvo 1640
en el de setiembre de 1984. En éste, se propuso la solución extrema que consistía en rebajar el límite de la responsabilidad a los 14 años de edad. Este criterio fue rechazado luego en el Proyecto de 1985 (agosto). En los proyectos de 1990 (art. 20, inc. 2) y de 1991 (art. 25, inc. 2), se estableció simplemente el límite de la responsabilidad penal en los 18 años cumplidos. En el Anteproyecto de CP de 2004, se fija el límite en los 16 años, sin proporcionar una justificación. La sola preocupación de los redactores de la exposición de motivos es de indicar quiénes de los autores estuvieron en favor o en contra. En cambio, en el Anteproyecto de CP de 2009, se vuelve al límite de 18 años (art. 20, inc. 2).

El Código de Menores (Ley N° 13968, del 2 de mayo de 1992) preveía que 1641
el juez podía aplicarles las siguientes medidas: el cuidado en el propio hogar, la colocación y el tratamiento en otro lugar adecuado, la tutela en instituciones de educación, el tratamiento especializado en nosocomios o la tutela y el tratamiento especializado (art. 108). Su imposición dependía de la edad, la personalidad y la situación del menor.

1642 El criterio de base era el del tratamiento único, en el sentido de que las mismas medidas podían ser aplicadas a todos (arts. 109, 110 y 113). Sólo se distinguía entre menores de 14 años y menores de 18 años, pero mayores de 14, cuando se trataba de personas en estado de peligro moral, que manifestaran peligrosidad prematura y que hubieran cometido un acto considerado como delito o falta o por otra grave circunstancia. Los primeros debían ser colocados en una Escuela de Preservación y los segundos en una Escuela de Reeducación, siempre que no requirieran un tratamiento especializado, y bajo el régimen de reglas de conducta y de vigilancia que señalara el juez de menores (art. 112). Por el contrario, un menor autor de un acto reprimido, según el Código, debía ser sometido a internamiento o a relegación por un tiempo indeterminado, o internado en la Sección Correctiva de la Escuela de Reeducación (art. 113) cuando se pusiera de manifiesto su peligrosidad, sin considerar entonces si tenía 14 o más años de edad.

b.3. Situación actual

1643 El Código de los niños y adolescentes, Ley N° 27337, del 2 de agosto del 2000, es imperfecto en la forma y deficiente en cuanto al fondo. Sin necesidad alguna y dando lugar a graves problemas de interpretación, se repiten disposiciones constitucionales que consagran los derechos fundamentales de las personas y, también, criterios establecidos en el Código o en la legislación procesal penal. Además, con la agravante de que algunos de sus preceptos no son conformes con esas declaraciones generales.

1644 Si se tiene en cuenta que en el Código se rechaza el derecho penal del autor, sorprenden mucho los criterios que han sido aplicados en la elaboración del denominado Código de los niños y adolescentes. Por ejemplo, resulta inconciliable su art. 1 con las disposiciones penales relativas a la represión del aborto (art. 114 ss.). En su pf. 1 se dice: "Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad". Y agrega, luego, en el pf. 2: "El Estado protege al concebido para todo lo que le favorece" y, en el art. 1, que "el niño y el adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción". De modo que si el concebido (embrión o feto) es un niño, cómo no derogar las disposiciones sobre el aborto para que se apliquen las normas referentes al homicidio, pues, el niño es una persona y, por lo tanto, víctima de este delito previsto en el art. 106.

En cuanto a la clasificación de los menores, se distingue entre niños y ado- 1645
lescentes. Según el art. I, "se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad". En el art. IV, se establece que en caso de infracción a la ley penal, el niño (comprendiendo el embrión y el feto) "será sujeto de medidas de protección" y el adolescente "de medidas socio-educativas". El carácter protector y preventivo del Código de los niños y adolescentes en general y, en particular, de sus disposiciones relacionadas con el derecho penal, pareciera confirmarse cuando se dispone, en el art. IX, que en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado "se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos". Así mismo, cuando en el artículo siguiente se estatuye que: "El Estado garantiza un sistema de administración de justicia especializada para los niños y los adolescentes" y se agrega que "los casos sujetos a resolución judicial o administrativa en los que estén involucrados niños o adolescentes serán tratados como problemas humanos".

Las medidas de protección que de acuerdo con el Código de los niños y 1646
adolescentes se pueden imponer al niño que incurra en infracción penal son el cuidado en el propio hogar, la participación en un programa oficial o comunitario de Defensa con atención educativa, de salud y social, la incorporación en una familia sustituta o colocación familiar y la atención integral en un establecimiento de protección especial (art. 242). En el caso de los adolescentes, el juez puede aplicar, según el art. 217, las medidas socio-educativas de amonestación, prestación de servicios a la comunidad, libertad asistida, libertad restringida e internación en un establecimiento para tratamiento.

De los arts. 183 y 184 se deduce, a pesar de la defectuosa técnica legislativa, 1647
que se consideran niños y adolescentes infractores a aquellos que hayan cometido o participado en la comisión de un "hecho punible tipificado como delito o falta en la ley penal". Si se han regulado en dos disposiciones legales, aparentemente contradictorias, es tal vez debido a que sólo se prevé que los adolescentes sean sometidos a un proceso en el que se determinará su responsabilidad "como autor o partícipe". Este sistema de justicia del adolescente tiene como finalidad su rehabilitación y "encaminarlo a su bienestar" (art. 191).

Sin embargo, el carácter represivo encubierto del Código de los niños y 1648
adolescentes se percibe cuando se analiza con atención la naturaleza de

las medidas que se califican de socio-curativas; en particular, la medida de "internación en establecimiento para tratamiento". Esta medida, según los casos, puede durar hasta seis años (art. 195), y ha sido prevista para diversos hechos: el denominado "pandillaje pernicioso" (arts. 193 a 199); la comisión de "un acto infractor doloso, que se encuentra tipificado en el Código y cuya pena sea mayor de cuatro años" (art. 236, lit. a), la "reiteración en la perpetración de otras infracciones graves" (art. 236, lit. b) y el "incumplimiento injustificado y reiterado de la medida socio-educativa impuesta" (art. 236, lit. c).

1649 De acuerdo con el art. 235, "la internación es una medida privativa de libertad" que, por lo tanto, no difiere de una pena privativa de libertad regulada en el Código por más que se le denomine medida socio-curativa. La trapacería legislativa es doble: por un lado, por esconder la represión presentándola como medida de protección y tratamiento y, por otro, por hacer pasar de contrabando una figura delictiva que está estrechamente vinculada a actividades subversivas y desvirtuar lo dispuesto en el art. 3 de la Ley N° 26447, que derogó la disminución a 14 años del límite de la capacidad penal de 18 años fijado en el art. 20 inc. 2. Además, constituye una agravación velada de la represión de los actos violencia cometidos por menores en espectáculos deportivos, en la medida en que la Ley N° 26830 (Ley de seguridad y tranquilidad pública en espectáculos deportivos), en su art. 7, establecía la imposición de la medida socio-educativa de prestación de servicios en beneficios de la comunidad no mayor de doce meses. Se trata de un acto de politiquería criminal criolla, encubierta en un discurso de política penal tuitiva.

1650 Los otros casos en los que se aplica la internación son la reiteración, la reincidencia, el delito de no sometimiento a la ejecución de una sanción privativa de libertad (art. 236, lit. c).

1651 Atención particular y condena firme merece la regulación del denominado "pandillaje pernicioso" (arts. 193 a 199). La definición de este "pandillaje" no es conforme al principio de la legalidad. En el art. 193, se estatuye que "se considera pandilla perniciosa al grupo de adolescentes mayores de 12 años y menores de dieciocho que se reúnen y actúan para agredir a terceras personas, lesionar la integridad física o atentar contra la vida de las personas, dañar bienes públicos o privados utilizando armas de fuego, armas blancas, material inflamable, explosivos u objetos contundentes, o bajo la influencia de bebidas alcohólicas o drogas". La ambigüedad de la redacción permite comprender que basta que los agentes considerados constituyan,

aún de un modo ocasional, una pandilla y cometan actos para realizar uno de los comportamientos enumerados (elemento subjetivo del tipo legal: con la finalidad de), sin que sea necesario que los consuman. Esto se confirma cuando se prevé la internación no menor de dos años ni mayor de cuatro, por el sólo hecho de que el adolescente pertenezca a una pandilla perniciosa "en condición de cabecilla, líder o jefe" (art. 196). Disposición que recuerda ciertas disposiciones de la legislación antiterrorista.

c. *Límite cronológico de la capacidad penal*

1652 El límite de los 18 años ha sido con frecuencia admitido en los países latinoamericanos y europeos[538]. Se considera que "está fundado en el principio de que, por lo general, antes de esa edad no se tiene el modo de pensar del adulto y de que las medidas de orientación y protección podrían ser beneficiosas para los menores que no han llegado a esa edad"[539]. Durante ese período, en efecto, el desarrollo incompleto -físico, intelectual y moral (carácter)- permite actuar con más eficacia en la formación del menor, mediante una buena influencia y ejemplos apropiados. Pero, al mismo tiempo, es la época en que los malos ejemplos y las influencias perniciosas son muy peligrosas porque sus consecuencias son más acentuadas y perdurables.

1653 Esta regla, basada en una constatación científica respecto al crecimiento y al desarrollo del individuo e inspirada en los principios de la teoría clásica del derecho penal, debe ser aplicada con independencia del delito cometido y de si se interviene en su comisión como autor o partícipe. Sin embargo, nuestro legislador la ha modificado o abolido respecto a ciertos delitos en consideración a criterios sólo represivos. Por ejemplo, en relación con los autores de los delitos: traición a la patria y servicio a las armas de potencia extranjera (Ley N° 15590, del 18 de agosto de 1965) y robo y ataque a los miembros de las Fuerzas Policiales (art. 9 DL N° 19910, del 30 de enero de 1973, disposición derogada mediante el DL N° 121, art. 12). Estas excepciones no fueron conservadas en el Código. Pero por razones políticas y represivas, fueron nuevamente estatuidas. Así, el art. 20, inc. 2 fue modificado, reduciéndose el límite de la responsabilidad penal cuando el menor de 15 a 18 años "sea autor o haya participado en hechos calificados como delitos de terrorismo" (art. 1 del DL N° 25564, del 17 de junio de 1992). Modificación

538 Ver *RIPC* 1955, p. 183.

539 *RIPC* 1955, p. 196.

abrogada, restableciéndose el límite de 18 años (Ley N° 26447, del 21 de mayo de 1995).

1654 La disminución de la minoría penal no puede ser fundamentada en el hecho de que sea inferior el límite cronológico fijado por la legislación respecto a la capacidad civil o política. Por eso la emancipación, el matrimonio o la obtención de un título profesional, circunstancias que ponen fin a la minoría civil, no hacen variar el tratamiento que corresponde a la edad cronológica. Tampoco el hecho de que la Constitución, en su art. 30, estatuya que son ciudadanos los mayores de 18 años, significa que sea inaplicable el art. 22 que considera como imputables relativos a los mayores de 18 años y menores de 21. Todo esto es debido por supuesto a las características personales descritas anteriormente y a las graves consecuencias que acarrea consigo la pena común en la frágil personalidad del joven[540].

1655 En países como el nuestro, en los que el sistema penal es sobre todo represivo, a pesar de que la legislación sea de inspiración preventiva, se justifica aun menos una disminución de la minoría penal. La mayor parte de los delitos es desde luego la obra de jóvenes delincuentes. Pero esto no constituye una razón válida para considerar que la mejor solución para resolver este problema, sea la aplicación de la pena concebida para el delincuente adulto a dichos jóvenes. Esto no quiere decir que los jóvenes deban ser considerados impunes o irresponsables, sino que frente a ellos hay que recurrir a sanciones y medidas adecuadas a su peculiar personalidad.

3. Imputabilidad

a. Generalidades

1656 La capacidad penal del delincuente constituye la condición previa e indispensable de la culpabilidad, por tanto también de la pena. Esto implica que la persona tenga la libertad de actuar de manera distinta a como lo hizo cuando cometió el delito. Si estuviera fatalmente determinada para obrar

[540] En una encuesta realizada por órganos de las Naciones Unidas, se señala que un gran número de países recomienda la adopción del límite de 25 años y de que el hecho de tomar en consideración un grupo de jóvenes delincuentes debe ser siempre considerada como un medio, puede ser temporal, de definir una categoría bastante restringida para permitir una cierta individualización del tratamiento y para facilitar la especialización de jueces, del personal correccional y de agentes de readaptación. Ver: Le jeune adulte délinquant; Etudes de la pratique et des programmes actuels de prévention et de traitement, Nations Unies, New York, 1965, p. 9 y 126.

como lo ha hecho, sería en efecto imposible reprocharle su modo de comportarse. Así, se plantea el dilema de escoger entre el indeterminismo (libre arbitrio) y el determinismo.

Sin entrar en la tradicional controversia que existe entre los partidarios de ambas concepciones -controversia del todo desnaturalizada- debemos señalar que, en el estado actual de nuestros conocimientos, resulta muy dudoso estimar que el comportamiento humano sea, necesariamente determinado o totalmente autónomo. Hay que satisfacerse aceptando, con prudencia, el condicionamiento parcial del comportamiento de las personas[541]. 1657

Si se analiza con atención cómo los partidarios del libre arbitrio plantean sus ideas, se percibe que no quieren dar una explicación causal del comportamiento humano. Se esfuerzan más bien por explicarlo desde una perspectiva normativa que de modo alguno es incompatible con la tesis determinista. Se trata, en consecuencia, de una manera de reivindicar que los individuos han de ser tratados como personas; es decir, que sus opiniones y decisiones deban ser consideradas seriamente, aunque no puedan ser con facilidad constatadas como lo son el color de la piel o de los ojos, el grupo sanguíneo o las perturbaciones hormonales. 1658

El aspecto central del problema es, por supuesto, la dignidad de la persona cuya realidad es una verdad indubitable para nuestra conciencia moral y social. El individuo no es, simplemente, el objeto pasivo de sus hechos y gestos. Posee, en el momento de obrar, el sentimiento de ser libre y espera además que el resto de personas tenga también un comportamiento libre. Pensar, hablar, amar o trabajar son acciones que pueden ser ejecutadas por el hombre en la medida en que pueda controlar y orientar su actividad[542]. 1659

En esta perspectiva y para los fines específicos del derecho penal, no se necesita recurrir a ficciones o afirmaciones apriorísticas para admitir que el comportamiento humano, salvo en algunas circunstancias, sea el resultado de una cierta autodeterminación de su autor. Además, esta tesis no contradice los criterios preponderantes de las ciencias sociales y humanas. La idea del individuo como persona capaz de autodeterminarse, estando aún sometida a la influencia de circunstancias externas y personales, constituye 1660

541 Germann, 1943, p. 120, note 158; Maurach/Zipf, 1992, §32 II N° 3; Maza Martín, Art. 20, en Conde-Pumpido/López Barja de Quiroga, 2007, p. 129 ss.

542 Cfr. Nino, 1980a, p. 382; Ancel, 1981, p. 249; Planck, 1978, p. 115.

la base de la organización social tal como la vivimos. Su aceptación supone una consagración de la dignidad basada en el sentimiento de libertad personal; dignidad considerada como la piedra angular de nuestro sistema y regulada en la Constitución conforme a los principios de un Estado de derecho.

1661 Los comportamientos humanos son condicionados por factores externos. Pero el individuo es capaz, en cierta medida, de comprender la significación de sus actos y de orientar su voluntad según determinados juicios de apreciación. Sobre la base de estas ideas, en psicología se desarrolló la teoría de la personalidad estratificada, complementando así la solución intermedia que se debe seguir para explicar de la mejor manera posible los actos humanos[543]. Conforme a esta teoría, la capacidad de autodeterminación de la persona le permite controlar, según las circunstancias sociales, su impulso a realizar ciertas conductas. Este es el elemento que justifica el reproche que se hace al autor por su comportamiento y la pena que se le impone.

1662 Admitir que factores internos y externos influyen significativamente la conducta delictiva ha implicado, además, la previsión de las medidas de seguridad como recursos para combatir el delito de manera más eficaz que con la pena, como única y exclusiva reacción penal. Desde esta perspectiva, se comprende mejor por qué nuestro derecho se aleja tanto de la teoría clásica, que considera al libre albedrío como la piedra angular del sistema y, en consecuencia, a la pena como única reacción contra el delito, así como de la teoría positivista italiana y de sus epígonos, que admiten la "responsabilidad social" y estiman que el delincuente debe ser sólo tratado con medidas de seguridad y no sancionado con penas[544].

b. Técnica legislativa

1663 Ante las dificultades de establecer en la ley una definición positiva de la imputabilidad, el legislador parte de la presunción que los mayores de 18 años son, generalmente, capaces de actuar culpablemente y se limita luego a establecer las condiciones necesarias para considerarlos como inimputables[545]. Siguiendo la fórmula mixta utilizada en el CP de 1924 (proveniente

543 Cfr. JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 37 III.

544 MANNHEIM, 1973, T. I, p. 46; SPOLANSKY, 1968, p. 86.

545 De manera excepcional, se encuentra en los Códigos penales una definición positiva de la imputabilidad. Una excepción la constituye el art. 85, inc. 2, CP italiano que estatuye: "es imputable quien tiene la capacidad de entender y de querer".

del derecho suizo), en el art. 20 inc. 1, se declara exento de responsabilidad a quien "por anomalía psíquica, o grave alteración de la consciencia; o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posee la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o de determinarse según esta apreciación".

Respecto a la fórmula de 1924, se conserva la referencia a las dos capaci- 1664
dades que el agente imputable debe poseer (capacidad de comprender y de determinarse), pero se modifican en parte las circunstancias personales que pueden determinar la desaparición de una de esas capacidades. En el art. 85, inc. 1, del CP de 1924, se mencionaban, en efecto, la enfermedad mental, la idiotez y la grave alteración de la conciencia. En el art. 20, inc. 1 se conserva sólo la tercera y, siguiendo el art. 20 - 1 del CP portugués, las dos primeras han sido sustituidas por la anomalía psíquica. Además, se ha introducido una nueva circunstancia, la alteración de la percepción (establecida en el art. 22, inc. 4, del Anteproyecto de CP español de 1983).

La fórmula mixta utilizada en la ley significa que, para declara una per- 1665
sona ser inimputable, no basta constatar la existencia de uno de los estados personales enumerados en el art. 20, inc. 1, sino que es indispensable comprobar que dicho estado personal ha sido la causa de la incapacidad de comprender el carácter ilícito del acto o de determinarse de acuerdo con esta apreciación. Así, se dejó de lado la fórmula calificada a la época de biológica del CP de 1863, que en su art. 8, inc. 1, declaraba exento de "responsabilidad criminal" al que obraba en "estado de demencia o locura".

Inicialmente, la fórmula mixta fue caracterizada como biopsicológica[546]. La 1666
que fue criticada porque los elementos a los que aludía como de naturaleza biológica no lo son en realidad: constituyen, en buena cuenta, factores psicológicos. Y los comprendidos bajo este término en la designación de la fórmula no tienen en especial este carácter, sino que implican más bien valoraciones de orden social. Por todas estas razones, algunos autores consideran que sería mejor hablar de la fórmula descriptiva (elementos fácticos) - normativa (elementos valorativos)[547]. Sin embargo, se ha señalado[548] con razón que esta manera de caracterizar la fórmula legal tampoco es del todo correcta: las causas y los efectos indicados son tanto de naturaleza

546 Cfr. Baumann/Weber/Mitsch, 2003, § 19 N° 12.

547 Cfr. Jescheck/Weigend, 1996, § 40 III I; Lenckner/Perron, en Schönke/Schröder, 2006, § 20 N° 1; Jakobs, 1991, 18/3; Rudolphi, en SK, AT 1, § 20 N° 3.

548 Roxin, 2006a, § 20 N° 2.

psicológica (fáctica) como normativa. Esto se aprecia con evidencia, por ejemplo, cuando se precisa que la alteración de la consciencia debe ser grave (apreciación normativa), o cuando se asegura que la consciencia es de índole psíquica pero que la capacidad personal es de orden normativo[549].

1667 Fuera de estas discrepancias, lo importante es que, mediante la adopción de la fórmula mixta, se estatuye con claridad que el hecho de determinar si un sujeto es imputable o no, resulta de una apreciación (juicio de valor) del juez, basado en la constatación de una situación concreta[550].

1668 La misma fórmula mixta ha sido empleada por el legislador, en el art. 15, para regular otra eximente de responsabilidad. Ésta consiste en la incapacidad, originada por la "cultura o costumbres" del sujeto, de "comprender el carácter delictuoso del acto" o de "determinarse de acuerdo con esa comprensión". Si esta incapacidad sólo se halla disminuida, entonces se atenuará la pena. Se trata pues de casos de incapacidad (total o relativa) de comprender el significado del acto realizado o de decidirse conforme a esta comprensión. No constituye por consiguiente un caso de error de prohibición regulado en especial en el art. 14. Tampoco se trata de un supuesto error de comprensión, ya que la disposición legal no sólo se refiere a la comprensión, sino también a la determinación. Como en el caso de la imputabilidad del art. 20, inc. 1, nos encontramos aquí en un plano anterior al del conocimiento real o virtual del carácter ilícito del acto cometido. Dicho nivel corresponde al de la personalidad del agente, es decir, de su potencialidad para comprender o determinarse. Y esta potencialidad, según el criterio previsto en el art. 15, está precisamente afectada por la "cultura" o "costumbres" del autor.

1669 Esta capacidad propia a cada persona no es sólo un factor natural e innato, más bien constituye el resultado de un proceso que comienza con el nacimiento en el seno de un grupo social determinado y que consiste en la asimilación, por la imitación o el aprendizaje, de pautas culturales que indican las diversas maneras de reaccionar ante el entorno social y natural. La asimilación de dichas pautas culturales forma progresivamente la personalidad de cada individuo. En la medida en que asimile esas pautas, éste se integrará entonces en su comunidad como persona.

1670 La falta de integración, o una integración defectuosa, darán lugar a comportamientos contrarios al sistema cultural del grupo social del cual es

549 Cfr. LESCH, 1999, p. 216, 221 ss.

550 ROXIN, 2006a, § 20 N° 6.

miembro el agente. En sociedades pluriculturales, dichos comportamientos pueden contradecir las pautas culturales de los otros grupos y, en particular, las que impone el grupo social dominante. En estos casos, las pautas violadas no bastan para motivar el comportamiento de las personas que, debido a su experiencia cultural, no tienen la capacidad de comprenderlas y/o de obedecerlas. En consecuencia, no se les puede reprochar su "mal comportamiento" (malo de acuerdo con las pautas culturales ajenas) y, por lo tanto, resulta superfluo sancionar penalmente el comportamiento de dichos individuos.

Dentro de esta perspectiva, se comprende mejor la afirmación según la cual 1671
la imputabilidad es una noción social, normativa. No sólo porque los factores mencionados en el art. 20, inc. 1 (anomalía, grave alteración, concepto de realidad, carácter delictuoso) y en el art. 15 (cultura, costumbres) son criterios normativos que se refieren a ciertos aspectos fácticos, sino sobre todo porque el hecho de determinar la existencia, total o parcial, tanto de la capacidad de comprender el carácter delictuoso del acto como la de determinarse de acuerdo con esta apreciación, supone, siempre, tener en cuenta el contexto social del agente y el grado de integración de éste en su grupo social.

c. Noción de imputabilidad

A contrario de la manera negativa como el legislador ha regulado la im- 1672
putabilidad, se puede deducir la siguiente noción positiva: una persona es imputable cuando posee la facultad de apreciar el carácter delictuoso de su acto y la facultad de determinarse conforme a esta apreciación[551].

Conviene destacar, en primer lugar, que el legislador se refiere a la "facultad 1673
de apreciar el carácter delictuoso" y no a la "apreciación del carácter delictuoso". Se trata pues de la capacidad intelectual del individuo para conocer sus deberes, para darse cuenta de la inserción de su propia persona en el orden jurídico y para comprender las exigencias impuestas por la sociedad a los individuos que la forman (consideraciones mutuas, necesidad de la represión de la violación eventual de las normas sociales)[552]. Sin embargo, esta capacidad no se ha de confundir con la conciencia de la antijuricidad del acto[553] o de su carácter punible, puesto que consiste más bien en un cier-

551 Jiménez de Asúa, 1916, p. 136; Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2000, p. 658, 664; Prado, 1996 I, p. 143 ss.

552 Jolidon, 1956, p. 35 ss.; Welzel, 1969, p. 148.

553 Jiménez de Asúa, 1916, p. 136.

to desarrollo de la razón, en la existencia de una cierta conciencia propia, en el conocimiento del deber, no sólo ético sino también legal[554]. Dentro de esta perspectiva, se puede decir que el mandato legal podría constituir un factor determinante en el proceso de motivación que concluye en la realización del acto[555]. En segundo lugar, cuando el legislador alude a la facultad de determinarse, se refiere claro está a la voluntad. No se trata de admitir el libre albedrío, sino de reconocer a la persona consciente de sus deberes la capacidad de obrar conforme a sus móviles[556]. Esta facultad no es considerada ni como una entidad abstracta, ni como una simple función puramente psicológica. Se trata del "potencial voluntario mínimo que permite al individuo controlar, en concreto y efectivamente, su comportamiento según las normas de conducta admitidas, de manera general, por la sociedad en la que vive"[557].

1674 La ley considera, en definitiva, que al hombre normal le basta la inteligencia para darse cuenta del hecho de que su acto es contrario al orden jurídico, y que su voluntad le permite conformar su acto a ese orden. Por eso impone una pena sólo a quien es capaz de conocer las exigencias del orden jurídico (factor intelectual) y de conformar su actividad a éste (factor volitivo). La apreciación valorativa según la cual el agente no tuvo una de esas capacidades en el momento de obrar es de exclusiva competencia del juez.

1675 De acuerdo con la fórmula empleada por el legislador, el examen de la facultad del autor para apreciar el carácter delictuoso de su acto precede el reconocimiento de su facultad para determinarse conforme a esta apreciación. La ausencia o existencia de esta última aptitud se determinará entonces sólo después de haberse constatado la existencia de la facultad de apreciar el carácter ilícito del acto. Sin embargo, en la realidad, no siempre resulta simple distinguir con nitidez si se trata de la ausencia de una u otra facultad, debido a que ambas se hallan muy relacionadas[558].

4. Inimputabilidad según el art. 20, inc. 1

1676 Nuestro legislador considera suficiente que una de las dos facultades falte para que el agente sea considerado como inimputable. Como ya lo hemos

554 THORMANN/VON OVERBECK, 1940, art. 10 N° 8.

555 ROXIN, 2006a, § 20 N° 27.

556 JIMÉNEZ DE ASÚA, 1959, p. 333; THORMANN/VON OVERBECK, 1940, AT, art. 10 N° 11.

557 JOLIDON, 1956, p. 41 ss.

558 ROXIN, 2006a, § 20 N° 28.

afirmado, dicha falta debe ser la consecuencia de una de las circunstancias enumeradas en la ley y relacionadas con el estado personal del agente.

a. Anomalía psíquica

Para referirse a la primera causa, los autores del Código abandonaron la expresión de "enfermedad mental", utilizada en el CP de 1924, en favor de la expresión más general "anomalía psíquica". Este cambio no obstante no tuvo en cuenta que mediante dicha fórmula, la legislación portuguesa (art. 20, inc. 1), fuente de nuestra norma, aludía a toda forma de perturbación psíquica, resultando, así, superflua toda otra referencia suplementaria como las realizadas por el legislador peruano. 1677

De esta manera, el legislador se alejó claramente de las discusiones propias de la psiquiatría y de las imprecisiones que existen tanto respecto a la definición como en la clasificación de las diversas dolencias mentales. Se escogió una solución más adecuada a las necesidades del derecho penal. Esta solución consiste en entender la expresión "anomalía psíquica" en el sentido con que se usa en el lenguaje corriente, es decir perturbación, trastorno síquico. Desde que no se intenta más emplear en la redacción de la ley los criterios propios de la medicina[559] y se usa una terminología más cercana a la del lenguaje común, se puede afirmar que el punto de vista del legislador está dirigido hacía los fenómenos psíquicos que parecen a un neófito en psiquiatría cualitativamente aberrantes, cuyo carácter reviste proporciones groseramente chocantes y que permanecen en absoluto ajenos y como impermeables a sus esfuerzos de comprensión y de asimilación vital. Además, el profano no diferencia entre perturbaciones de naturaleza intelectual y de naturaleza afectiva[560]. 1678

La noción de anomalía psíquica es, en consecuencia, más amplia que la noción médica de enfermedad o dolencia mental. En efecto, comprende tanto las dolencias mentales en sentido estricto, como las perturbaciones de la consciencia, las diversas formas de oligofrenia y las demás perturbaciones psíquicas graves (psicopatías, neurosis, impulsiones). 1679

En esta perspectiva, la expresión "anomalía síquica" ofrece mayores ventajas que la de "enfermedad mental", sobre todo, porque ésta no tiene un 1680

559 Cfr. Maurach/Zipf, 1992, § 36 N° 30; Blei, 1975, p. 164 ss.; Jescheck/Weigend, 1996, § 40 III 1.

560 Jolidon, 1956, p. 21, siguiendo la obra de Binder.

significado unívoco en psiquiatría[561]. Entre los especialistas, la noción de enfermedad mental varía según la ideología adoptada. Si el especialista se limita a una perspectiva puramente "médica", la considera sólo como la perturbación mental originada por un factor orgánico o biológico. Por el contrario, si adopta una orientación "psicológica", amplía la noción en el sentido de que se trata de un desorden psíquico. Por último, con una tendencia sociológica, la define como un trastorno psíquico de origen social, es decir debido a las relaciones personales inadecuadas del individuo con su medio de vida o de trabajo. Todos estos criterios deben sin embargo ser tenidos en cuenta sin espíritu dogmático para comprender mejor la compleja realidad personal que debe ser considerada para decidir si una persona es imputable o no. En consecuencia, no importa en verdad optar por uno de los criterios precitados, ni tampoco ubicar la situación personal del agente en una de las categorías mencionadas en los diversos catálogos de trastornos mentales elaborados por los psiquiatras. Es decisivo, sin embargo el hecho de que la perturbación psíquica, por su índole e intensidad, sea idónea para comprometer de manera grave la capacidad de comprender el carácter ilícito del acto o de determinarse según esta comprensión.

1681 Esto no significa, desde luego, que deban ignorarse o despreciarse los conocimientos científicos. Estos deben incluso ser tomados en cuenta para precisar las apreciaciones de los juristas. Así, resulta útil considerar, por ejemplo, las nociones técnicas de psicosis, esquizofrenia, ciclotimia (locura maníaco depresiva), oligofrenia. En esta línea, constituyen anomalías psíquicas, por un lado, las psicosis de origen exógeno[562]. Las causas de estas psicosis se encuentran fuera del organismo de la persona. En efecto, dichas psicosis se deben en general a traumatismos cerebrales, artereoesclerosis, atrofias y desintegración de la personalidad con base orgánico-cerebral, infecciones o intoxicaciones debidas al alcohol u otras drogas. En este último caso, la alteración de la conciencia como causa de exención de la responsabilidad debe ser considerada patológica, precisamente, porque es debida a una intoxicación del organismo. Por otro lado, constituyen anomalías síquicas las psicosis endógenas, cuya causa se encuentra al interior del organismo. Se distinguen aquí dos grandes grupos: la esquizofrenia y la ciclotimia. Por último, hay que considerar también como anomalía síquica la oligofrenia. Esta anomalía consiste en la debilidad intelectual congénita sin

561 FIANDACA/MUSCO, 1989, p. 250; ZAFFARONI/ALAGIA /SLOKAR, 2000, p. 663, 666 ss.

562 BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 19 N° 15

causa demostrable. Según su intensidad, se distinguen los casos de idiocia, imbecilidad, debilidad mental, inteligencia limitada.

El criterio utilizado por la Corte Suprema para admitir la inimputabilidad ha sido, en ciertas ocasiones, bastante amplio. En una conocida ES, por ejemplo, la Corte Suprema sostuvo que, aunque los peritajes médico-legales "no llegan a definir como anormal a la acusada, calificándola sólo de extravagante, queda no obstante sumido el espíritu en las mayores perplejidades para decidirse a tratarla como persona responsable del doble filicidio..."[563]. De manera más concreta, ha decidido que «el comportamiento del acusado obedece a la insana de su salud mental, pues el colegiado ha tomado convicción en los debates orales que éste es inimputable, ya que no es capaz de responder de sus actos, debido a su enfermedad mental, esquizofrenia paranoide de carácter crónico, irreversible, incapacitado para distinguir el bien del mal y responder por sus actos»[564]. 1682

b. *Grave alteración de la conciencia*

Aun cuando, no se pueda definir la grave alteración de la conciencia, se parte de la idea de que el ser humano está dotado de un cierto poder de reflexión, o sea que obra sabiendo lo que hace. Esta capacidad puede ser perturbada por circunstancias particulares, impidiéndole darse cuenta de lo que está haciendo en el momento en que actúa. O, en otras palabras, una perturbación de su propia conciencia, de aquella que tiene de los hechos exteriores o de la relación existente entre ambas, lo que implica, a su vez, una perturbación de la autodeterminación[565]. Se trata, en todo caso, de trastornos de la conciencia que sobrepasan el límite de lo normal. 1683

Su origen no es patológico. Las estructuras psíquicas del individuo son trastocadas y sus instancias de control del todo alteradas. Se trata, por ejemplo, de las formas intensas de estados hipnóticos o post hipnóticos, pasionales (odio, celos) o crepusculares no patológicos. El legislador emplea con justeza la expresión "grave alteración de la conciencia" y no la de "ausencia total de conciencia", pues en este último caso simplemente no hay acción por no existir voluntad[566]. 1684

563 ES en: AJ 1943, p. 445.

564 ESup del 17 de mayo de 1999, Exp. N° 011-98, en CARO, 2007, p. 37.

565 Blei, 1975, p. 166; Maurach/Zipf, 1992, § 36 N° 34; Jescheck/Weigend, 1996, § 40 III b; Stratenwerth, 2005, § 11, N° 23; Baumann/Weber/Mitsch, 2003, § 18 N° 17.

566 Un inimputable puede actuar, luego la imputabilidad no se identifica con la capacidad de

1685 Respecto a los primeros años que siguieron a la fecha en que entró en vigencia el CP de 1924, se puede afirmar que la Corte Suprema sostuvo un criterio equivocado en relación con la grave alteración de la conciencia. En una ES del 8 de julio de 1929, expresó en efecto que no había que confundir la emoción violenta a la que se refería el art. 153 (actual art. 109), con la grave alteración de la conciencia propia de los estados patológicos que anulan el discernimiento y la libre determinación, por lo que la ley los considera en el mismo plano que los estados de enajenación o enfermedad mental eximentes de pena. Este criterio restringido fue luego abandonado, al hacer suyos la Corte Suprema los siguientes argumentos del fiscal: "si bien el concepto de grave alteración de la conciencia no puede tomarse en sentido restrictivo ya que son muchos los factores que la producen: los impulsos patológicos de los dementes, de los alcohólicos, los epilépticos. Pero también hay estados psíquicos que producen una reacción inmediata, instintiva e involuntaria, y este estado de conciencia constituye la emoción. Es pues evidente que dadas las condiciones personales y las circunstancias que rodearon la perpetración del evento, L.V. ([el acusado] no se encontraba en situación de apreciar el carácter delictuoso de su acto..."[567]. También es interesante, mencionar el fallo en que se absolvió a una madre soltera que -rechazada por sus familiares y amigos- abandonó a su hijo recién nacido. El dictamen fiscal, conforme al cual se pronunció la Corte Suprema, sostuvo que "es lógico suponer que tales repudios afectasen profundamente el ánimo de la acusada" y que "así no resulta aventurado sostener que la acusada obró bajo el imperio de una grave alteración de la conciencia..."[568].

1686 Sin embargo, hay que destacar que el hecho de recurrir a la "grave alteración de la conciencia" para no penar a la acusada no era del todo acertado. Los dictámenes emitidos por los Fiscales supremos fueron en efecto confusos y frecuentemente inexactos. Esto resalta, por ejemplo, en el siguiente párrafo: "La acusada es indígena, de mentalidad retrasada y carece de antecedentes. No tuvo intención de causar ningún daño; los hechos ocurrieron de manera causal y originados por la actitud del agraviado [no pasarle alimentos a su hijo]. La encausada, por su misma ignorancia y su estado

acción; Logoz/Sandoz, 1976, art. 10, N° 5 b; Wyrsch, 1968, p. 113; Roxin, 2006a, § 20 N° 29; Cfr. Binding, 1916, II, p. 117.

567 ES del 13 de noviembre de 1952, en RF 1953, p. 266.

568 ES del 28 de octubre de 1949, en RJP 1949, p. 939; ver, igualmente, ES del 3 de octubre de 1958, en RF 1958, p. 671.

mental [no padecía sin embargo enfermedad mental] sufrió una grave alteración de su conciencia"[569].

c. *Alteración de la percepción*

Esta causa de la incapacidad, no prevista en el CP de 1924, afecta grave- 1687
mente la concepción que tiene el agente de la realidad. El término percepción proviene del verbo "percibir", que significa recibir por mediación de los sentidos las impresiones exteriores. Así, la "percepción" es la sensación correspondiente a la impresión material de los sentidos. De este modo, la persona comprende o conoce la realidad, o sea, llega a hacerse una idea (un concepto) de la realidad mediante el entendimiento[570].

Las alteraciones de la percepción resultan, por consiguiente, de la carencia 1688
o imperfección de los sentidos. Estas deficiencias impiden, si no son compensadas por una instrucción y educación adecuadas, que la persona tenga una idea correcta de la realidad. Ello genera que se encuentre incapacitada para comprender la significación social y jurídica de sus actos o para determinarse de conformidad con tal comprensión. Es el caso, por ejemplo, de una persona sordomuda no educada que puede ser comparada a un débil mental por no haber desarrollado normalmente su inteligencia. Pero aunque dicha persona haya sido educada, subsisten graves deficiencias mentales que pueden en efecto tener un origen patológico (enfermedad mental).

Si se entiende así la "alteración de la percepción", entonces cabe preguntarse 1689
si era necesario mencionarla de manera expresa como una causa de incapacidad. Como ya lo hemos señalado antes, mediante la fórmula general de "anomalía psíquica", se hace referencia, en el art. 20, inc. 1 del CP portugués, a toda perturbación síquica. Además, si se considera que no basta la alteración de la percepción por defecto de los sentidos, sino que es indispensable que este defecto afecte gravemente el concepto de la realidad de la persona, hay que aceptar que este efecto es de orden síquico. Se trata pues, de una deficiencia personal que impide hacerse una idea correcta de la realidad, en particular del comportamiento que se ejecuta, y que constituye, en buena medida, una anomalía psíquica (*lato sensu*). En el Anteproyecto de CP 2004, art. 20, inc. 1, los redactores se han limitado a suprimir la frase "que afectan gravemente su concepto de la realidad". De manera lapidaria,

569 En RF 1958, p. 672.

570 Maza Martín, art. 20, en Conde-Pumpido/López Barja de Quiroga, 2007, p. 161 ss

los autores explican que la "objeción reside en la implicancia de entenderse una realidad inequívoca donde cada sujeto tiene su propia realidad. La incidencia va más en una realidad valorativa, aunque no resulta suficiente"[571]. Sin entrar a juzgar el fundamento de este argumento, la supresión de la frase mencionada se justifica por las razones que se han expuesto en los párrafos precedentes. En el Anteproyecto de CP de 2009, no se hace cambio sustancial.

1690 En resumen, en la perspectiva de la ley, hay que distinguir tres niveles: primero, la existencia de una alteración de la percepción; segundo, la afectación grave del concepto de la realidad; y, tercero, la falta de la capacidad de comprender el carácter ilícito del acto o de determinarse.

d. Actio libera in causa

1691 La imputabilidad se determina en el momento en que el agente actúa[572]. Es decir, que debe ser capaz de obrar culpablemente en el momento en que desencadena el proceso de realización del delito (modelo del tipo, *Tatbestandsmodell*)[573].

1692 La cuestión de la *actio libera in causa* se refiere a la responsabilidad de quien comete un delito en estado de inimputabilidad, pero que ha establecido, siendo aún capaz de obrar de modo culpable, la causa que dará lugar a la realización de dicha infracción. La *actio libera in causa* no constituye, pues, una excepción al principio de la concomitancia del acto y de la capacidad penal[574].

1693 Se distinguen dos casos: en el primero, el agente provoca su propia incapacidad con la intención de cometer la conducta punible, concebida y decidida por él (*actio libera in causa* intencional). Por ejemplo, el autor, con el propósito de matar a una persona, se droga para darse ánimo y así cometer el homicidio. En el segundo caso, el agente se pone en este estado de incapacidad pudiendo y debiendo saber que, llegado el momento, no podrá usar la prudencia y previsión exigibles en la vida ordinaria y sabiendo que

571 Se trata de una critica al texto del CP español hecha por BUSTOS, 1989, p. 345; retomada por VILLAVICENCIO, 2001, p. 105; idem, 2006, p. 606.

572 ROXIN, 2006a, § 20 N° 56 ss.

573 Sobre el criterio de la *Schuldlösung* (modelo de la excepción de culpabilidad), BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 19 N° 42 ss.

574 En contra: HRUSCHKA, 1968, p. 554 ss.; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 40 VI 1; WESSELS/BEULKE, 2001, N° 415 ss.; LENCKNER/PERRON, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 20 N° 35.

posiblemente tendrá que afrontar un deber para cuyo cumplimiento necesita de todas sus facultades (*actio libera in causa* culposa)[575]. Por ejemplo, el agente persiste en conducir su automóvil a pesar de las evidentes manifestaciones de cansancio, y atropella a un tercero.

Los autores del Proyecto de 1985 (agosto) establecieron que "cuando el agente ha preordenado su trastorno mental responde por el dolo o la culpa en el que se halla respecto del hecho punible, en el momento de colocarse en tal situación". Esta definición no ha sido conservada en el Código. En su lugar, se ha preferido seguir el método, ya adoptado en 1924, que consiste en no regular de manera expresa estos casos. La aplicación de las diversas disposiciones del código y de los criterios relativos a la imputabilidad permiten, en efecto, resolver el problema en el sentido que hemos explicado[576]. 1694

e. *Duda sobre el estado mental del agente*

En el Código actual no se ha conservado el art. 93 del Código derogado. Según este artículo, en caso de duda sobre el estado mental del autor del delito, el juez instructor o el tribunal debía ordenar su examen por peritos. Dicho examen incluso era obligatorio en caso de epilépticos o sordomudos. 1695

En el mismo sentido, aunque mediante un lenguaje menos preciso, el art. 189 CdePP, estatuye que "cuando hubiere sospechas de que el inculpado sufre de enajenación mental o de otros estados patológicos que pudieran alterar o modificar su responsabilidad, el Juez Instructor, de oficio, o a petición del defensor o del Agente Fiscal [ahora fiscal provincial] mandará reconocerlo por dos peritos psiquiatras". Zavala Loayza, autor del Anteproyecto de este Código, opinó que se amplia el alcance del art. 156 del Código de procedimientos en materia criminal (1920), "porque no sólo interesa conocer hoy si la responsabilidad del agente se encuentra anulada por la enajenación mental que padezca, sino que importa saber, también, si aquejado el inculpado de otros estados patológicos, sus condiciones volitivas estuvieron afectadas en el momento de la comisión del delito, presentándose, por consiguiente, el caso previsto en el art. 89"[577] (imputabilidad restringida). En los proyectos elaborados con el objeto de modificar la ley procesal, se 1696

575 Cfr. Zürcher, 1914, p. 45; Stooss, 1929 p. 130, nota 1; Graven, 1965, p. 10; Hafter, 1946, p. 112 ss.; Clerc, 1942, I, p. 76.

576 Jiménez de Asúa, 1926a, p. 17.

577 Zavala Loayza, 1947, p. 293.

propuso substituir la disposición precitada por una de sentido más amplio. En el Proyecto de 1971, el art. 222 decía que "el juez puede ordenar, cuando lo considere necesario, el examen del procesado por peritos para establecer sus condiciones personales y las posibles causas que lo determinaron a cometer el delito"[578]. La norma del Código fue complementada mediante el art. 4 del DLeg N° 052, LOMP, en el sentido de que el Fiscal Provincial debe pedir al juez "el reconocimiento del inculpado por médicos psiquiatras, cuando tuviere sospechas" de que sufre de "enfermedad mental o de otros estados patológicos que pudieran alterar o modificar su responsabilidad penal". Finalmente, en el art. 75, inc. 1, del NCPP, se dispone que cuando "exista fundada razón para considerar el estado de inimputabilidad del procesado al momento de los hechos, el Juez de la Investigación Preparatoria o el Juez Penal, colegiado o unipersonal, según el estado de la causa, dispondrá, de oficio o a pedido de parte, la práctica de un examen por un perito especializado".

1697 La fórmula adoptada por el legislador para determinar la inimputabilidad, atribuye una singular importancia a la labor de los expertos. Estos son, pues, auxiliares del juez, cuya ayuda es indispensable para determinar la imputabilidad o inimputabilidad del procesado, así como la medida de seguridad apropiada que, en su caso, habrá de imponer. No obstante, es el juez quien debe decidir sobre la imputabilidad del agente, pero esto no significa que pueda rechazar o ignorar, de manera arbitraria, el informe del perito.

1698 Por último, el art. 83 del CP de 1924, que por cierto no figuraba en el Proyecto Maúrtua de 1916, estatuía que "el agente de infracción no intencional ni culposa será también reprimible, en los casos de peligro social, cuando la ley lo prescribe expresamente substituyendo a la pena la medida de seguridad o educativa más adecuada determinada por la ley".

f. Imputabilidad según art. 15

1699 Entre los antecedentes de la regla contenida en el art. 15, hay que mencionar principalmente el Proyecto venezolano de 1948 (art. 13) que estatuye: "el juez podrá declarar inimputable al indígena que cometa un [...] delito, teniendo en cuenta su incapacidad para comprender o querer, derivada de su inadaptación cultural". El Proyecto boliviano de 1964 también preveía la

578 Cfr. Proyecto del Consejo Nacional de Justicia, art. 207.

exclusión de la responsabilidad de los indígenas, pero de manera diferente. Disponía que "el error esencial será también excluyente de culpabilidad, así como el error o la ignorancia de derecho, con particular referencia al indígena". Hay que recordar que nuestro legislador de 1924 escogió la solución, criticada con razón, de considerar como inimputables o imputables relativos a los indígenas o selváticos, en la medida en que previó para ellos la substitución de la pena por una medida de seguridad.

Dada la influencia que parece haber ejercido Zaffaroni sobre algunos de los 1700
que intervinieron en las diferentes fases del proceso de reforma del CP de 1924, hay que recordar una propuesta de su inpiración. En la que se recomendaba "que se elaboren conceptos doctrinarios que permitan concluir en la inculpabilidad de cualquier persona que, debido a las pautas de su propio grupo cultural, no pueda ajustar su conducta a las pautas jurídicas o culturales dominantes"[579].

La influencia de Zaffaroni se nota sin duda alguna en el hecho de que los 1701
autores de la Exposición de motivos del Proyecto de 1990 declararon "que el proyecto de la Comisión Revisora ha dado acogida a una forma especial de error conocida en la doctrina como 'error de comprensión culturalmente condicionado'". Pero, a pesar de esta declaración de intención, el art. 15 parece afiliarse más a la concepción admitida en el proyecto venezolano, que prevé una causa de inimputabilidad, que a la del Código boliviano que prevé una circunstancia de inculpabilidad. En cuanto a la propuesta de Zaffaroni, hay que notar que, aunque habla de inculpabilidad, se refiere sin embargo a la persona que, en razón a las normas de su propio grupo cultural, no puede ajustar su conducta a las pautas jurídicas o culturales dominantes. Es decir, se refiere a la incapacidad (no poder) de obrar según pautas jurídicas o culturales diferentes a las de su propio grupo o lo que es lo mismo, a la inimputabilidad. Esta ambigüedad podría explicar que, los redactores del art. 15 del indicado proyecto hayan escogido la estructura de la regulación de la disposición relativa a la inimputabilidad y hayan empleado la expresión "sin poder comprender...".

Esta manera de elaborar el art. 15 demuestra que no se reflexionó suficien- 1702
temente sobre la oportunidad y necesidad de incorporar una disposición de esta naturaleza, ni sobre los efectos de su aplicación. A pesar de la buena fe de sus autores, resulta en efecto incorrecto calificar la exención de

[579] Zaffarroni, 1986, p. 58.; cfr. Mazuelos Coello, 2006, p. 327 ss.; Rojas Arauco, 2009, p. 66 ss.

responsabilidad penal prevista en este artículo de "error de comprensión condicionado culturalmente"[580].

1703 Si por comprensión se entiende la "acción de comprender" y la "facultad, capacidad o perspicacia para entender y penetrar la realidad", entonces todo error es un error de comprensión. Y como todo entender o comprender de la realidad está determinado por el condicionamiento cultural de la persona, todo error es un error condicionado "culturalmente".

1704 Esto quiere decir que el error de tipo (sustraer una cosa ajena creyéndola propia) y el error de prohibición (practicar el acto sexual con una menor creyendo que está permitido porque lo está en el grupo social al que pertenecen las dos personas en cuestión, según el servinacuy (mal llamado matrimonio de prueba), serían errores culturalmente condicionados. Estos casos se hayan comprendidos en el art. 14. El art. 15 se refiere, más bien, a un caso particular de incapacidad de las personas que cometen un delito. Este era también el sentido expresamente manifestado por los autores del Proyecto venezolano de 1948. Por el contrario, las Bases del Proyecto de CP boliviano de 1964, citadas anteriormente, sólo hacían referencia al error.

1705 El fondo del problema se percibe con claridad cuando se compara el texto peruano con el art. 19, último pf., del Anteproyecto de la Parte General del CP boliviano, elaborado por una comisión dirigida por Zaffaroni. En esa disposición, intitulada "error de comprensión", se prevé que "se excluye la culpabilidad cuando el agente por su cultura o costumbres no comprenda la criminalidad de su obrar o no se le pueda exigir que adecue su conducta a dicha comprensión. Cuando por las mismas causas no se excluya totalmente la posibilidad de comprensión o de adecuación de la conducta, el tribunal podrá establecerá la pena conforme al grado de exigencia que podría formulársele". Correctamente, se dice que "no comprenda" y no que "no sea capaz de comprender". Por esto, es justo hablar de exclusión de la culpabilidad.

1706 El art. 15 del Código subordina la incapacidad de darse cuenta que tal comportamiento contradice el orden jurídico (basado en un conjunto de valores culturales determinados) o de determinarse conforme a esta apreciación, al hecho de que el agente pertenezca a una cultura diferente (cultura -comprensible de las costumbres- que no prevé la norma violada o que

[580] En algunas resoluciones judiciales, se aplica esta disposición de manera totalmente equivocada: ES del 7 de noviembre de 1997, Exp. N° 4160-96 Ancash, en ROJAS, 1999a, p. 149 ss. (consultar el dictamen del Ministerio Público).

prevé una norma contraria por valorar de manera diferente el comportamiento en cuestión).

Esta incapacidad no se debe, como en el caso de la inimputabilidad del art. 20, inc. 1, a una anomalía síquica, a una alteración grave de la conciencia o a alteraciones de la percepción que afectan gravemente el concepto que tiene el autor de la realidad. En lugar de estas circunstancias, el art. 15 menciona la "cultura" o las "costumbres" del agente. Éstas deben ser las causas de la incapacidad del sujeto activo para comprender el carácter delictuoso de su acto o de determinarse conforme a esta apreciación. Sus patrones culturales, diferentes de los que forman la base del Código, "afectan gravemente su concepto de la realidad", a tal extremo que no puede ser tratado de la misma manera que quien se haya integrado a la cultura dominante. 1707

Según el texto del art. 15, el problema no reside en el hecho de que una persona plenamente capaz (tanto síquica como culturalmente) crea por error que actúa conforme al orden jurídico[581], sino que, más bien, dicha persona no posee las condiciones personales necesarias para actuar conforme al derecho. En otras palabras, aun cuando el agente no sepa que comete un hecho antijurídico, se le exime de pena no porque obre bajo la influencia de "un error inevitable sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal" (art. 14, pf. 2), sino porque está en la imposibilidad de comportarse conforme a cánones culturales que le son extraños. 1708

Para comprender esta solución adoptada frente al problema planteado por la aplicación de un sistema penal (que no es sino la manifestación de una cultura) a personas de culturas diversas, hay que tener en cuenta ciertos aspectos referentes al concepto de cultura. Sin descuidar las diversas perspectivas desde las que ésta ha sido definida, según la importancia dada a cada uno de sus elementos o a los fines tanto teóricos o prácticos perseguidos al elaborar la definición, hay que considerar que el término "cultura" debe ser comprendido como un sistema de normas o pautas de comportamiento que condicionan la manera correcta según la cual las personas deben reaccionar en una situación determinada. Este sistema hace de un conjunto de individuos un grupo organizado y modifica a fondo las dotes naturales de éstos, otorgándoles grandes beneficios e imponiéndoles múltiples obligaciones. Los individuos ven restringidas, en definitiva, sus libertades en beneficio del bien común. 1709

581 Cfr. Villa Stein, 2008, p. 457 ss,

1710 Por supuesto, una persona puede violar dichas pautas culturales con pleno conocimiento de causa porque no ha logrado asimilar debidamente la pauta de comportamiento violada o porque lo ha hecho de manera deficiente. En estos casos, se aplicarán las normas legales comunes para determinar su responsabilidad. Así, puede entrar en consideración la regla sobre la inimputabilidad si, por ejemplo, la no asimilación de las pautas culturales es debida a un trastorno mental grave. Cabe también invocar la disposición sobre el error de prohibición, cuando por una deficiente asimilación de la pauta cultural pertinente, el agente capaz supone por equivocación que su comportamiento no es ilícito.

1711 Los casos comprendidos en el art. 15 son aquellos en los que se presenta un conflicto cultural, lo que supone la presencia de diversos sistemas de valores. Por un lado, se encuentra la cultura en la que el autor del delito ha formado su personalidad y, por otro, la cultura cuyos valores son consagrados por la ley que aplica el representante del grupo social dominante.

1712 El conflicto puede ser absoluto. Por ejemplo, cuando se trata de un caso que implica al miembro de una tribu de la Amazonía que no ha tenido contacto alguno con la cultura de raigambre europea y cristiana del Perú oficial. Según sus pautas culturales era necesario matar al brujo del grupo (homicidio, según el Código) porque éste era considerado como responsable de la epidemia que diezmaba la tribu. Culturalmente se trata, por consiguiente, de un acto valorado de manera positiva, ya que era el medio por el que el grupo social creía poder salvarse. El autor de este comportamiento ha actuado conforme a las pautas culturales que ha asimilado mediante el proceso de inculturación antes descrito. Este proceso ha condicionado la formación de su personalidad y, como conjunto de pautas culturales, ha canalizado sus reacciones frente a las situaciones materiales y personales concretas. En razón, justamente, a su peculiar personalidad, será considerado como un sujeto incapaz de comprender el carácter delictuoso de su acto o de determinarse de acuerdo con esta apreciación.

1713 En sociedades como la nuestra, complejas y resultantes de un largo proceso iniciado con un choque cultural brutal, los conflictos de esta naturaleza son con frecuencia menos nítidos. Los grupos sociales andinos (quechuas, aymaras, huancas, etc.) han sufrido la imposición, por la fuerza, de la cultura española (idioma, religión, sistema económico y político). Esto ha significado la modificación profunda de sus pautas culturales, pero sin que hayan desaparecido del todo, pues los grupos sociales andinos, como siempre sucede en estos tipos de conquista, reaccionaron ante la nueva cul-

tura interpretando tanto sus moldes propios como los impuestos, lo que ha permitido la conservación de sus pautas culturales peculiares.

La aplicación del art. 15 dependerá, por consiguiente, del grado de integración de la persona que ha cometido el acto considerado como delito por el Código (sistema cultural oficial). En el caso de relaciones sexuales con una menor de edad según la tradición del servinacuy, esta disposición se aplicará si se trata de un indígena sin, o con esporádicos, contactos con la cultura predominante, y si el hecho tiene lugar en el seno de su comunidad. Pero no si se trata de un inmigrante andino que habita en una barriada de Lima y que se encuentra relativamente bien integrado en el sistema oficial, porque su personalidad, formada al comienzo en el seno de su medio cultural y completada por sus vivencias en el medio cultural dominante, no puede ser considerada como la causa de su incapacidad de comprender el carácter delictuoso del acto precitado o de determinarse según esta apreciación. Esto no impide que, a pesar de sus capacidades personales, pueda haberse equivocado sobre el carácter prohibido de las relaciones sexuales con menores de edad. En este caso, se le aplicará el art. 14 que prevé el error de prohibición. Esta es la solución que ha permitido y permitirá tener en cuenta las diferencias culturales existentes entre todas las personas sometidas a nuestro sistema penal. 1714

La reticencia que puede existir en considerar la circunstancia regulada en el art. 15 como una causa de inimputabilidad es de orden ideológico. En efecto, esto resulta de la manera tradicional y discriminatoria como han sido y son tratados los indígenas y los pobladores de la selva. Marginados social y culturalmente, despreciados por considerárseles racialmente inferiores e intelectualmente disminuidos, su tratamiento legal ha seguido dos direcciones extremas. En primer lugar, han sido ignorados como realidad étnica y cultural, así mismo fueron considerados de manera abstracta como miembros libres e iguales de la nueva República. Por esta razón, en el CP de 1863, no se consideraba de forma alguna su situación particular. Y, en segundo lugar, tomando en cuenta sus rasgos particulares, fueron clasificados conforme a un criterio etnocentrista y sometidos a un derecho penal considerado como un instrumento civilizador. Por esto, en el CP de 1924 eran sometidos a medidas de seguridad en lugar de ser castigados según la pena prevista para el delito que habían cometido. 1715

Sin embargo, al contrario, dicha reticencia no es justificada si se parte del marco constitucional vigente. Primero, según el art. 2, inc. 19, Const., toda persona tiene "derecho a su identidad étnica y cultural". Este artículo dispo- 1716

ne además que "el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación". Segundo, según el art. 17, pf. 4, *in fine*, Const., el Estado "fomenta la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona. Preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país. Promueve la integración nacional". En este contexto, no puede estimarse peyorativo el hecho de considerar como inimputable (incapaz de culpabilidad) a un individuo, indígena o no, a causa de las circunstancias individuales que le son propias. Sobre todo si se tiene en cuenta que toda persona, incluso la inimputable, es tomada en consideración por lo dispuesto en el art. 1 Const.: "la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado".

1717 La interpretación del art. 15, según la cual en éste se regula un caso particular de inimputabilidad, nos parece ser la que mejor corresponde tanto al texto legal de la disposición, como a la sistemática de nuestro Código. La voluntad manifestada por los redactores de la Exposición de motivos del proyecto del Código no concuerda, sin embargo, con lo establecido en realidad en el texto legal. La supresión del art. 15 sería negativa sólo si los responsables de la aplicación de la ley continuaran ignorando, por un lado, la igualdad entre las diversas culturas que existen en nuestro país y, por otro lado, la significación y los alcances del error de prohibición.

1718 Por último, conviene señalar que el art. 15, como toda otra disposición legal, debe ser interpretada y aplicada conforme a la Constitución. El intérprete, juez o abogado, no puede ignorarla. Si se trata de un juez, según la misma Carta Fundamental, tiene incluso la obligación de comprobar la constitucionalidad de una disposición legal antes de aplicarla. En esta perspectiva, hay que considerar que el factor cultural o las costumbres que determinan la incapacidad de comprender o de determinarse a los cuales se hace alusión en el art. 15, son pautas culturales que no atentan contra los derechos fundamentales. En caso contrario, existiría una contradicción paradójica en el sistema: garantizar los derechos fundamentales de la persona y, al mismo tiempo, considerar eximentes de pena a pautas culturales o costumbres contrarias a estos mismos derechos.

1719 Sin embargo, la Corte Suprema[582] ha seguido la interpretación que venimos de criticar, al afirmar que a "efectos de resolver la situación jurídica del procesado, se debe tener en cuenta su condición personal como natural de una comunidad campesina que se ubica en las alturas de la ciudad del

[582] ES del 17 de junio de 2004, RN N° 755-2004-Cuzco, en *RPDJP*, N° 6, 2005, p. 535.

Cusco, en donde es costumbre ancestral que las menores de edad sean entregadas por sus padres para que hagan vida marital desde los inicios de su pubertad, a lo que se suma que el autor aludido ha tenido una instrucción incipiente, de escasos recursos económicos y que para la comisión de los hechos, no haya utilizado violencia alguna sobre la agraviada, por lo que su conducta se adecua a la figura del error de comprensión culturalmente condicionado, previsto en el art. 15, pues como se reitera, el procesado se ha desarrollado en medio sociocultural que no ha interiorizado la norma de prohibición que penaliza su conducta, como es la comunidad campesina de Huancabamba, en donde mantener relaciones sexuales con una menor, resulta ser un comportamiento normal y socialmente aceptado por los pobladores del lugar, por lo que... procede disponer su absolución".

5. Imputabilidad disminuida

a. Generalidades

La distinción entre individuos normales y anormales no es nítida[583]. La siquiatría reconoce, desde hace algún tiempo, que hay una zona intermedia entre la normalidad y la anormalidad. En esta zona se encuentran los individuos sólo disminuidos en sus capacidades psíquicas. 1720

Frente a este gran problema, la doctrina clásica había adoptado una solución que era a la vez lógica y práctica por su simplicidad. Esta consistía en atenuar la pena de los delincuentes en proporción a la disminución de su estado mental constatada por los expertos (peritos). Evidentemente, dicha disminución de su estado mental no alcanzaba las proporciones de los estados que acarreaban la inimputabilidad[584]. 1721

Esta solución era desde luego conforme a los principios de la doctrina clásica, que consideraba a la pena como una pura retribución y fundaba su aplicación en el libre albedrío. Si éste era limitado, la lógica exigía que la pena fuese reducida. Pero en la práctica, estas ideas dejaban a la sociedad sin protección frente a individuos que constituían, justo a causa de su anormalidad, un peligro social más grande que los individuos normales. La solución clásica era, pues, inaceptable desde el punto de vista de una correcta política criminal. 1722

583 Hafter, 1922, p. 11.

584 Quintano Ripolles, 1966, p. 277 ss.

b. Técnica legislativa.

1723 El legislador español había previsto, desde 1848, un sistema original de circunstancias que eximían o atenuaban la pena. Las circunstancias eximentes que no reunían todas las condiciones exigidas por la ley eran consideradas como circunstancias de atenuación (eximentes imperfectas). En nuestro CP de 1863 y en el de 1924 se adoptó la misma técnica. Conviene destacar que el CP de 1863, de clara inspiración española, reconocía la existencia de estados intermedios entre la enfermedad y la salud mental, atribuyéndoles la calidad de circunstancias de atenuación.

1724 Otros legisladores, al contrario, comprendieron muy bien la necesidad de distinguir de manera explícita la categoría de delincuentes que, en el momento de cometer la infracción, no eran del todo imputables. Así, surgió la noción de la "imputabilidad disminuida". El art. 14 del Anteproyecto suizo de 1915, que fue fuente de nuestro CP de 1924, estatuía: "si a causa de una perturbación en su salud mental o en su conciencia, o a causa de un desarrollo mental incompleto, el delincuente, en el momento de obrar, no poseía plenamente la facultad de apreciar el carácter delictuoso de su acto o de determinarse conforme a esta apreciación, el juez atenuará libremente la pena". Además, para evitar los inconvenientes de la teoría clásica, el legislador suizo incorporó en su ley las medidas de seguridad para esta clase de delincuentes.

1725 Nuestro legislador aceptó implícitamente este concepto al disponer, en el art. 90 del Código derogado, que "en los casos del art. 85, cuando no concurren los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el juez podrá disminuir la pena prudencialmente hasta límites inferiores al mínimo legal". En términos materiales, la misma regla ha sido prevista en el art. 21.

1726 La imputabilidad disminuida no constituye una categoría intermedia entre la imputabilidad y la inimputabilidad. Al contrario, los delincuentes limitados en su imputabilidad son capaces de obrar culpablemente y pueden, pues, ser castigados igual que los autores considerados como imputables[585]. Sin embargo, el juez debe tener en consideración que su capacidad de resistir a los impulsos criminales es más débil que la de los individuos normales.

[585] ROXIN, 2006a, § 20 N° 33.

El juez debe constatar, primero, la existencia o la inexistencia de la imputa- 1727
bilidad. Después de comprobar que el autor es imputable, indagará sobre la posible existencia de una disminución de la imputabilidad. Si la respuesta es afirmativa, entonces podrá atenuar la pena por debajo, incluso, del mínimo legal. Pero si existe un riesgo de que el delincuente de imputabilidad disminuida cometa delitos muy graves o si requiere un tratamiento, ordenará su internamiento (art. 77) o la aplicación de un tratamiento ambulatorio (art. 76).

En relación con los "drogadictos", el art. 29 del DL N° 22095, del 2 de febre- 1728
ro de 1978, disponía que cuando éstos hubieran sido procesados por delitos relativos al tráfico ilícito de drogas, "el Tribunal podrá disponer su internamiento en un centro estatal de rehabilitación para fármaco-dependientes". Al término de este internamiento, eran puestos a disposición del Tribunal para que éste les impusiera la condena penal correspondiente al delito cometido. Esta disposición implicaba, en primer lugar, la aceptación de un sistema dualista rígido (medidas de seguridad y pena); en segundo lugar, no resultaba conforme a la sistemática de nuestra ley penal, al no tenerse en cuenta si se trataba de un drogadicto inimputable o imputable relativo. Esta regla fue abrogada por el ya citado art. 77, en el sentido de que este artículo prevé para el toxicómano (imputable relativo o imputable) una medida de internación (art. 74) en lugar de la pena, y faculta al juez para que compute como tiempo de cumplimiento de la pena la duración del período de internación, sin perjuicio de que dé por extinguida la condena o reduzca su duración esperando el éxito del tratamiento.

Algunos juristas consideran que la atenuación de la pena prevista para los 1729
casos de imputabilidad disminuida es debida al hecho de que este estado implica una disminución de la culpabilidad, y que por esta razón, la disposición concernida debería encontrarse entre las que figuran bajo el título "la aplicación judicial de las penas"[586].

c. Causas

La disminución de la capacidad penal del agente se debe, con frecuencia, a 1730
perturbaciones en su salud mental o en su conciencia, o también a alteraciones de su percepción. Estos estados, que no logran hacer desaparecer del todo la facultad de comprender el carácter ilícito del acto o la de determi-

[586] Baumann/Weber/Mitsch, 2003, § 19 N° 25; Blei, 1975, p. 173; Maurach/Zipf, 1992, § 36 N° 70.

narse conforme a esta apreciación, generan sin embargo su debilitamiento. Pero no cualquier disminución de tales facultades es suficiente para poder admitir la existencia de la imputabilidad restringida. La disminución debe ser relativamente importante[587], pues la noción de "hombre normal" es concebida de manera amplia. En efecto, las pequeñas anomalías no sacan, según la ley, al hombre corriente del marco de la normalidad[588].

1731 En nuestro medio, se reconoce con frecuencia la existencia de una imputabilidad restringida en los casos de relativa embriaguez, porque se considera que el agente actuó sin perder totalmente el control de sus actos[589]. También, han habido casos en los que se subordinó la disminución de la imputabilidad a "deficiencias mentales"[590]. A este respecto, resulta interesante la ES del 5 de enero de 1966, en la que "se condena a la pena de internamiento al autor del doble homicidio perpetrado contra su medio hermano y su cuñada [...] siendo el sujeto de personalidad psicopática, imputable, que goza de lucidez completa mostrando rasgos de agresividad, teniendo como atenuante su condición de primario, su relativo estado de embriaguez y su escasa cultura"[591].

6. Jóvenes delincuentes (art. 22)

1732 Como ya lo hemos explicado, el individuo no alcanza la madurez de repente. Se trata de un proceso paulatino, que varía de un individuo a otro. Debido a esta situación, las legislaciones contienen normas que regulan un período intermedio comprendido entre el límite que separa el derecho penal de menores del derecho penal común y el límite cronológico a partir del cual se considera plenamente adulta (madura) a una persona.

---

587 El CP alemán establece, expresamente, esta condición en el § 21, al regular la imputabilidad disminuida: "Si la capacidad del autor para comprender el injusto del hecho, o para actuar de acuerdo con esa comprensión, está considerablemente disminuida en virtud de una de las causas señaladas en el § 20, entonces la pena podrá ser atenuada conforme al § 49, pf. 1". La inimputabilidad por perturbaciones psíquicas es prevista en el § 20: "Actúa sin culpabilidad quien, al cometer un hecho, es incapaz de comprender el injusto del hecho, o de actuar de acuerdo con esa comprensión, a causa de una perturbación psíquica patológica, de una perturbación profunda de la consciencia, de una debilidad mental, o de alguna otra una anormalidad psíquica grave".

588 Cfr. SCHWANDER, 1966, p. 214a.

589 ES del 28 de mayo de 1951, en RJP 1951, p.414 y 540.

590 ES del 12 de enero de 1949, en AJ 1949, p. 225.

591 En RJP 1966, p. 396, Respecto a psicópatas e inimputables, ver: SPOLANSKY, 1968, p. 83 ss.

Según el art. 148 del CP de 1924, este período comprendía a los individuos mayores de 18 años y menores de 21. Los mismos límites figuran en el art. 22 del actual Código. A estos individuos ya se les aplican las normas y sanciones del derecho penal común. Pero, por su situación personal, son considerados como incapaces relativos o imputables restringidos. Es decir, no se les considera titulares de una capacidad plena para actuar culpablemente. Por esta razón el CP de 1924 preveía la atenuación de la represión, que debía ser proporcional al grado de culpabilidad. Sin embargo, las sanciones previstas eran las mismas que las destinadas a los adultos. Según el art. 148, la pena de internamiento debía ser sustituida por la de penitenciaría no menor de 10 años; las penas de penitenciaría, relegación y prisión, podían ser reducidas por debajo del mínimum del tiempo aplicable a los mayores de edad por los mismos delitos y, por último, los términos de prescripción se reducían a la mitad. A contrario, en el Código sólo se prevé, para dichos incapaces relativos, que "podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido". 1733

Es cierto que, hoy en día, la mayoría de los delitos son obra de personas que se encuentran en este período de desarrollo. Pero también es cierto que el proceso de madurez del individuo aún no ha terminado[592]. La toma de conciencia de esta realidad ha impulsado la tendencia que consiste en distinguir un grupo de delincuentes jóvenes (*jeunes-adultes, Heranwachsende, young persons*) a fin de aplicarles un tratamiento especial. No para considerarlos como irresponsables, pero sí para tratarlos diferentemente de los adultos, puesto que dada su situación personal, resulta con frecuencia ineficaz la pena que se les impone como si fueran ya adultos. Si dichos jóvenes, sin embargo, parecen no haber salido aún de la adolescencia, no pueden tampoco ser tratados como menores cuando buscan, precisamente, ser tratados como adultos plenos. 1734

En la mayoría de los casos, resulta entonces necesario recurrir a una medida de prevención; con el fin de no estigmatizarlos y traumatizarlos con una severa represión. Conviene reflexionar, por ejemplo, sobre los efectos demasiado negativos que comporta la aplicación de una larga pena privativa de libertad para un joven mayor de 18 y menor de 21 años. La extrema severidad de la ley incita al juzgador a buscar en cada caso concreto la vía interpretativa que le permita descender bajo el mínimum legal, o incluso absolver a estos jóvenes delincuentes. Dicha actitud se inspira en un sano 1735

592 Bouzat/Pinatel, 1975, III, p. 158.

sentimiento de justicia, pero es contraria a una correcta política criminal. Esta incorrección se debe a la marcada tendencia represiva que sigue nuestro legislador.

1736 En este dominio resulta interesante observar la evolución de la legislación helvética, tomada como modelo por nuestro legislador para la elaboración del CP de 1924. La parte relativa a los menores era una fiel reproducción de las disposiciones suizas. Según la Ley federal modificatoria del CP suizo, del 18 de marzo de 1971, si al momento de obrar el agente es mayor de 18 años pero menor de 25, el juez podrá, en lugar de aplicarle una pena, colocarlo en una casa de educación mediante el trabajo; en caso de que esta medida sea considerada como adecuada para impedirle reincidir o si la infracción por la que se le juzga está vinculada a una perturbación grave del desarrollo de su carácter, o éste se encuentra amenazado, o si la infracción es consecuencia de su estado de abandono, de su mal comportamiento o de su ociosidad (arts. 100, 100 bis, 100 ter). En la reforma global de 2007, las disposiciones relativas a los menores han sido suprimidas de la parte general del Código. En su reemplazo, se ha elaborado una ley federal regulando su condición penal[593].

1737 Por lo que se refiere a este grupo de transgresores, se amplía, en consecuencia, la aplicación del principio vigente en el derecho de menores: el juez, antes de pensar en la pena que merezca el agente, debe preocuparse por determinar, en primer lugar, si no sería mejor imponerle la medida preventivo-educativa, medida que sustituiría entonces a la pena en caso de ser eficaz. Dentro de las limitaciones de nuestro medio, debe tenderse a seguir tal camino, en lugar de pretender disminuir la minoría penal y acentuar la represión[594].

7. Ancianos (art. 22)

1738 Basándose en el art. 65 I del CP brasileño, nuestro legislador ha considerado la edad avanzada del agente como una causa de disminución de la capacidad penal. A diferencia del texto brasileño que indica como límite la edad de 70 años, el nuestro lo fija en 65 años. Como todo límite de esta naturaleza, el escogido por nuestro codificador es relativamente arbitrario.

---

593 Message du Conseil fédéral, du 21 septembre 1998.

594 CLERC, 1972, p. 320; GERMANN, 1971, p. 337; SCHULTZ, 1973, p. 225; KAISER, 1982, p. 199.

El fundamento de esta causa de imputabilidad restringida es el hecho de 1739
que, después de la edad adulta en la cual la persona alcanza su madurez y durante la cual se estabilizan las relaciones familiares, sociales y profesionales, sobreviene un período de decadencia, de disminución de las actividades vitales, que desemboca en una etapa de degeneración que afecta las facultades vitales. En la medida en la que estas deficiencias provocan una disminución de la capacidad de comprender o de determinarse, la capacidad de culpabilidad de la persona afectada debe ser considerada como limitada. Si la degeneración del estado de salud de la persona provoca anomalías psíquicas, la disposición aplicable, según las circunstancias, será entonces el art. 20, inc. 1, o el art. 21.

VII. Error de prohibición

1. Introducción

Se discute mucho sobre si el sujeto capaz de obrar culpablemente y, por 1740
tanto, de apreciar el carácter delictuoso de su comportamiento, debe ser consciente de cometer un acto contrario al ordenamiento jurídico. Las diversas opiniones están condicionadas tanto por el contexto social e histórico como por la concepción del delito en general y de la culpabilidad en particular que se admita.

Los planteamientos dogmáticos sobre esta cuestión son útiles para estruc- 1741
turar y plantear mejor una noción de delito, sin embargo no permiten percibir los objetivos de política criminal admitidos. Rechazarlos o aceptarlos depende, en última instancia, de determinar cuáles son más convenientes para evitar lagunas en la represión penal y garantizar mejor los derechos fundamentales.

Si bien debe recurrirse a las propuestas planteadas sobre la base de legis- 1742
laciones foráneas, hay que comprobar si son o no aplicables a nuestra ley penal.

2. Evolución legislativa

a. Ignorancia de la ley no excusa (error juris nocet)

Siguiendo al CP español de 1848-50, en el CP de 1863, se estableció, por un 1743
lado, que "las acciones u omisiones voluntarias y maliciosas penadas por la ley, constituyen los delitos y las faltas" (art. 1) y, por otro, que "toda acción

u omisión penada por la ley se reputa volúntaria y maliciosa, mientras no se pruebe lo contrario" (art. 2).

1744 De acuerdo con estas disposiciones, no bastaba que la acción u omisión fuera voluntaria, sino que además tenía que ser maliciosa. Es decir, contraria a la virtud y con inclinación al mal. Así, sólo se consideraba el actuar con mala voluntad (*dolus malus*).

1745 Al comentar el art. 2 del CP de 1863, Viterbo Arias afirmó: "Nada más lógico y justo que lo que este artículo dispone. El hombre es esencialmente racional y libre para conocer el bien y el mal, practicar el primero y apartarse del segundo: así debe proceder en la generalidad de los casos, y así ha de considerarlo el legislador, que establece principios generales también fundados en la naturaleza de aquel"[595]. Luego. recordó que la "inteligencia está expuesta al error y la libertad de acción puede ser coactada" y señaló que "la ignorancia o error a que nos referimos deben ser en cuanto al acto, y no en cuanto a la ley que prohíbe su ejecución. Así, se admitiría como excusa al que mató a otro en una encrucijada, el haber ignorado que el occiso se hallaba en la dirección de tiro hecho con arma de fuego; pero no el desconocer la prohibición de disparar tales armas en los caminos públicos".[596]

1746 La cuestión implícita comprendida en este razonamiento es la referente al conocimiento del carácter ilícito del acto como aspecto del comportamiento voluntario. Si Viterbo Arias partía de afirmaciones apriorísticas, su preocupación era sobre todo precisar si "sólo robar, matar, etc., son acciones que la ley considera como voluntarias y maliciosas mientras no se pruebe lo contrario; o si también supone igual voluntad y malicia al que presta elementos al asesino, al ladrón, etc.".[597] A su parecer, en todos estos casos, quien los "practica queda sujeto a responsabilidad, mientras no pruebe que procedió sin intención criminal". Así, admitía como presunción general que la realización de una infracción (delito o contravención) implicaba el hecho de que el agente había actuado con mala voluntad (*dolus malus*). Esto significaba, por último, la aceptación de la regla según la cual la ignorancia de la ley no excusa.

1747 Esta regla estaba prevista de manera expresa en el art. 6 del CP de 1863. Según esta disposición: "la ignorancia de la ley penal no exime de respon-

595 Arias, 1900, T. I, p. 23.

596 Arias, 1900, T. I, p. 24.

597 Arias, 1900, T. I, p. 25.

sabilidad al delincuente". Para explicar este precepto, Viterbo Arias partía, otra vez, de una afirmación general, según la cual esta regla "descansa en la naturaleza humana, y protege del modo más eficaz los intereses sociales"[598]. Enseguida de manera más directa, indicó que "sería necesario carecer de toda noción de derecho para no poder apreciar la bondad o malicia de las acciones humanas, su conformidad u oposición con este tipo inherente a nuestro ser; y esa carencia de criterio es moralmente imposible".

Este criterio fue mantenido en el CP de 1924, a pesar de la influencia de los proyectos del CP suizo. El art. 87, pf. 2, estatuía: "La ignorancia de la ley penal no modificará en ningún caso la represión de los delitos que tengan señalada pena mayor que la de prisión". Al mismo tiempo que se regulaba, aunque en parte, el adagio "ninguno puede alegar ignorancia de la ley", se adoptaba otra ficción, consistente en suponer que los autores de los delitos reprimidos con pena de penitenciaría siempre conocían el carácter ilícito de su acto. El origen de esta disposición se hallaba en el art. 6 del CP de 1863 que mencionamos con anterioridad. 1748

En la Exposición de motivos del CP de 1924, el legislador trató de justificar esta disposición alegando que "la ignorancia de la ley penal no modifica en ningún caso la represión de delitos que tengan señalada pena mayor que la prisión, porque esos delitos pueden llamarse naturales y estar en todas las conciencias". Pero también añadió que era excusable la ignorancia solamente en los casos que no implicaran una violación fundamental de los principios de la moral universal y que pudieran estimarse como creaciones de la ley. Esta argumentación siguió en varios puntos el razonamiento de Viterbo Arias. 1749

Si en comparación con lo dispuesto en el art. 6 del CP de 1863, la regla del CP de 1924 constituyó un avance en la medida en que sólo se refería a los delitos reprimidos con pena más severa que la de prisión, siguió siendo incorrecta por dos razones: por un lado, mantuvo el principio "*error iuris nocet*" y, por otro, hizo depender los efectos de la ignorancia de la ley penal de la gravedad de la pena. Dicha gravedad no es determinada, sobre todo hoy en día, teniendo en cuenta si el hecho delictuoso es "natural" o una "creación de la ley". Esta distinción incorrecta hace recordar la definición del delito natural de Garofalo y es, por consiguiente, de abolengo positivista. 1750

598 Arias, 1900, T. I, p. 49.

1751 En los trabajos de reforma del CP de 1924, a pesar de la influencia de las concepciones alemanas que se referían al error, se siguió afirmando expresamente que el "desconocimiento de la ley es inexcusable". Así, lo establecían los arts. 29 de los Proyectos de 1985 y 1986. Además, esta regla era concebida de modo incorrecto, en la medida en que se aludía a toda ley y no sólo a la de índole penal. Todo error sobre la ley (civil, penal, administrativa, etc.) carecía pues de efecto sobre el dolo y la culpabilidad. En los Proyectos de 1990 y 1991, no se hizo más mención del desconocimiento o ignorancia de la ley.

b. Error de hecho y de derecho

1752 A pesar de admitir de manera constante la falta de relevancia del desconocimiento o ignorancia de la ley, desde el CP de 1924 (art. 87, inc. 1), se regularon dos tipos de error. Por un lado, la "errónea apreciación de los hechos no proveniente de negligencia" (falsa o ninguna representación de lo que se hace u omite) y, por otro, la "ignorancia o error no culpables sobre el carácter delictuoso del acto que el agente hubiera considerado lícito" (consciencia de los hechos, pero equivocada apreciación de su carácter ilícito).

1753 Así, se consideraban en relación con la conciencia del carácter ilícito del acto dos hipótesis: primero, el rechazo del error de derecho fundado en la ignorancia de la ley mediante una presunción *iuris de jure* respecto a los delitos reprimidos con pena mayor que la de prisión, y una presunción *iuris tantum* respecto a las infracciones menos graves; segundo, la admisión de la ignorancia o error no culpables sobre el carácter delictuoso de un acto como una circunstancia atenuante de la pena.

1754 Esto último implicaba, por un lado, una supervivencia de la responsabilidad objetiva en la medida en que se reprimía al agente a pesar que cometiera un hecho ilícito, creyendo, sin culpa alguna, que actuaba conforme al derecho y, por otro, una confirmación de la presunción según la cual todos conocen la ley y, más aún, de acuerdo con la cual quien cometiera un acto objetivamente delictuoso (típico) es consciente que obraba mal, contra el orden jurídico. De esta manera, se conservaba el viejo criterio sostenido por Viterbo Arias, según el cual se confundía la consciencia de lo legalmente prohibido con consciencia de lo moralmente condenado.

1755 A fin de evitar estas deficiencias y, sobre todo, la violación del principio "no hay pena sin culpabilidad", se trató de otorgar un sentido específico al art. 87 del CP de 1924, proponiendo la siguiente interpretación: la expresión

"no culpable" debía ser comprendida en el sentido de que el error debía ser inevitable. El término "culpable" habría sido utilizado para no repetir el vocablo "negligencia" empleado en el mismo párrafo en relación con el error de hecho. Cabría entonces preguntarse luego cómo había que sancionar a quien, por descuido, hubiera creído obrar conforme al derecho cuando, en realidad, cometía un delito. Dos posibilidades podrían imaginarse: la primera, imponerle la pena prevista para la forma intencional pero atenuada, lo que significaría que la consciencia del carácter ilícito no fuera un elemento del dolo; la segunda, sancionarlo sólo cuando la ley previera la represión a título de culpa, debido al hecho de que no podría imponérsele la pena a título de dolo, por no existir la falta de consciencia del carácter ilícito del acto. Esta última posibilidad implicaría la admisión de la denominada teoría del dolo (*Vortsatztheorie*), según la cual dicha consciencia es un elemento del dolo, junto a la consciencia de los elementos del tipo legal objetivo.

1756 La deficiente regulación prevista en el art. 87, pf. 1, provocó mucha confusión tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia. Ninguna de ellas llegó a distinguir con suficiencia los dos tipos de error. Así, por ejemplo, en su ES del 16 de agosto de 1972, la Corte Suprema afirmó que "el error en la apreciación de los hechos, a que alude el art. 87, se refiere al carácter delictuoso del acto que el agente considera como lícito, pero no a sus circunstancias calificativas ni menos a las condiciones personales de la víctima, tales como su desarrollo físico, edad, etc., que el fallo recurrido ha merituado"[599].

1757 Además, en los casos en que pareciera que llegara a diferenciarlos, termina por desconocer los alcances del error de derecho. Por ejemplo, la Corte Suprema tuvo la ocasión de pronunciarse sobre este último respecto a delitos cometidos por nativos de la región amazónica (art. 44 del CP de 1924) y respecto a delitos de violación cometidos por indígenas al practicar el matrimonio tradicional[600], denominado comúnmente *servinacuy*. Por lo que se refiere a los primeros, afirmó en su ES del 26 de abril de 1939 que "debe tenerse en cuenta las normas de los arts. 44 y 87, ya que se trata de sujetos a los que la ley considera en una condición especial, por estar al margen de la civilización"[601]. En este caso es patente lo injusto de esta disposición que obligaba a castigar a personas que, con certeza, descono-

599 En BJ 1972, N° 3, p. 159.

600 Se trata de un largo proceso consistente en varias etapas y en el que, de manera progresiva, se va fortaleciendo el vínculo de la pareja y, así mismo, se reconoce la nueva unidad familiar por parte de la comunidad. Cfr. Peña Jumpa, 1998, p. 164.

601 En RF 1939, p. 587.

cían el carácter ilícito de su acto. En relación con los segundos, la Corte sostuvo criterios opuestos. Así, por ejemplo, señaló[602] que, la menor (de menos de 16 años) había sido entregada por sus propios padres al acusado mediante el "*servinacuy*", "ceremonia [que] tuvo lugar de acuerdo con la costumbre tradicional generalizada entre el campesinado indio" y que consistía en el consentimiento de los padres para que su hija cohabitara con el novio. De donde dedujo que convenía entonces aplicar el art. 87, puesto que se trataba de una infracción cometida por "ignorancia o error no culpable sobre el carácter delictuoso del acto que el agente consideró como lícito". En otra ocasión[603], la Corte Suprema sostuvo que "si bien el *servinacuy* es una costumbre ancestral que todavía perdura en algunos pueblos del país, sin embargo no se le puede considerar como una circunstancia eximente de responsabilidad por no estar previsto como tal dentro de nuestra legislación penal, y que tan sólo puede ser apreciado dentro de las circunstancias que establece el art. 51 [circunstancias objetivas y subjetivas de peligrosidad]". Aquí, la Corte Suprema hizo uso de un criterio muy formalista al dejar de lado el análisis de la existencia del error de derecho (art. 87).

c. Error de prohibición

c.1. Regulación

1758 Sin realizar los estudios necesarios de dogmática y de derecho comparado, se continuó tratando de regular lo mejor posible el error. El Proyecto de 1972 proponía una fórmula que se refería de manera equivocada a "la ignorancia sobre el carácter delictuoso de un acto" y, no al "error", así como a "la errónea apreciación de los hechos" no proveniente de culpa. Así mismo, se eliminó, con acierto, el segundo párrafo del texto original y se incorporó un nuevo artículo, en el que se regulaba el error de hecho provocado por un tercero. Esta última disposición, que reproducía casi a la letra el art. 48 del CP italiano, era sin embargo incompleta. Esto fue debido a que no se había considerado que el art. 47 del mencionado código no era igual al art. 87 del texto revisado de nuestro código. El último párrafo de la disposición italiana trata, en efecto, del error que recae sobre una ley no penal y que determina un error sobre el hecho que constituye la infracción. Además, tampoco se había tenido en cuenta, en el momento de hacer la trascripción

602 ES del 12 de mayo de 1943, en AJ 1943, p. 17.

603 ES del 29 de setiembre de 1972, en BJ 1972, N° 4, p. 211.

de la norma italiana, que el art. 5 del mismo código prohibía invocar como excusa la ignorancia de la ley (error de derecho)[604].

El art. 29 de los Proyectos de 1985 y 1986 disponía: "El desconocimiento de la ley es inexcusable. El error sobre la ilicitud del hecho punible, si es inevitable exime de pena; si es evitable permite la represión del delito culposo, si se halla previsto en la ley". Lo primero que llama la atención de esta disposición es el hecho de que mantenía la manera arcaica de regular el desconocimiento de la ley. Incluso agravaba la situación al no limitarse siquiera, como lo hacía el Código entonces vigente, a las infracciones más graves. No resultaba, pues, del todo coherente considerar como "eximente" de la pena el error de prohibición inevitable y, al mismo tiempo, reprimir -según los casos- por culpa a quien hubiera delinquido pese a haber podido evitar el error de prohibición. Al respecto conviene señalar que, una vez admitida la primera regla, debería entonces considerarse, como lo hacían los códigos influenciados por la legislación alemana, el error evitable como una circunstancia atenuante de la sanción. 1759

En los Proyectos posteriores, se corrigieron los errores de esta propuesta, al adoptar sus autores el modelo alemán. El art. 14, pf. 2, establece que la responsabilidad es excluida en caso de "error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal". Además, inspirándose en el Anteproyecto del CP español de 1983 (art. 17, inc. 3), sus autores establecieron, en el mismo párrafo, la atenuación obligatoria de la pena en caso de error de prohibición vencible. 1760

c.2. Modelo alemán recepcionado

La regla contenida en el § 17 del CP alemán es el resultado de un largo proceso llevado a cabo por la jurisprudencia y la doctrina alemanas[605]. 1761

Respecto a no tener en cuenta el conocimiento del carácter ilícito del acto, el primer cambio significativo consistió en distinguir, en cuanto a las consecuencias de la aplicación del § 59 del CP alemán de 1872, entre error de hecho y de derecho. Sólo el primero, comprendido de manera bastante 1762

604 Cfr. Bettiol, 1969, p. 447 ss.

605 Jescheck/Weigend, 1996, § 41 I 1; Roxin, 2006a, § 21, N° 5 ss.; Jakobs, 1991, 19/1 ss.; Cramer/Sternberg-Lieben, en Schönke/schröder, 2006, § 17 N° 1 ss.; Rudolphi, en SK, AT 1, § 17 N° 1 ss.; Kindhäuser, 2006, § 17, N° 1 ss.; cfr. Castillo González, 2009, II, p. 553 ss.; Bacigalupo, Art. 14, en Conde-Pumpido/López Barja de Quiroga, 2007, p. 102 ss

amplia, era considerado como excluyente del dolo. En relación con el error de derecho, se distinguió el error penal del error no penal. Por ejemplo, si el agente había sustraído una cosa ignorando que ésta pertenecía a otro, se consideraba que había actuado sin dolo porque se había equivocado sobre las normas reguladoras de la propiedad que eran de carácter civil. Así, el error sobre un aspecto jurídico no penal era tratado como un error de hecho. Al contrario, si el error recaía sobre un aspecto regulado de manera autónoma por el derecho penal, era considerado del todo irrelevante. De esta manera, el principio general referente al error de derecho fue limitado al *error iuris criminalis nocet.*

1763 Esta teoría, admitida por la jurisprudencia alemana[606], fue sin embargo muy criticada por considerarse que, en realidad, era imposible distinguir de manera clara y constante entre esos dos tipos de errores[607]. Esta dificultad daba en efecto lugar a una fuerte inseguridad porque casos materialmente equivalentes debían ser tratados de manera distinta con arreglo a la forma aleatoria según la cual habían sido elaborados los tipos legales. Así, el ejemplo del error sobre el carácter ajeno de la cosa sustraída; también podía ser considerado como un error sobre el derecho penal, debido a que esta condición formaba parte de los elementos constitutivos del tipo legal del delito de hurto.

1764 En oposición franca con la idea admitida por la jurisprudencia, se desarrolló un planteamiento que consideraba el conocimiento actual del carácter ilícito del comportamiento como necesario para admitir el dolo (teoría del dolo, *Vorsatztheorie*)[608]. No bastaba, pues, que el autor actuara con conciencia y voluntad, sino que debía, en el momento de obrar, tomar en consideración la significación jurídica de lo que hacía. En la base de este criterio, se encontraba la idea de que el delito consistía de manera esencial en la rebelión consciente del agente contra el derecho. Si el agente actuaba sin tener consciencia efectiva del carácter ilícito de su acto, entonces carecía de dolo y, por lo tanto, no podía ser reprimido. El único error a tener en cuenta era el consistente en aceptar que no hubiera actuado ilícitamente. Poco importaba, según esta opinión, el fundamento de este error; en consecuencia, no era relevante distinguir entre error de hecho y error de derecho.

606 Wessels/Beulke, 2001, N° 462.

607 Maurach/Zipf, 1992, § 37 N° 5 ss.; Roxin, 2006a, § 21 N° 5.

608 Germann, 1943, p. 53; Hafter, 1946, p. 123 ss.; Schultz, 1982b, I, p. 191; Wili, p. 56; Haug, 1987, p. 56 ss.; Mezger, 1951, p. 500; Cfr. Schmidhäuser, 1975, p. 89, 178 ss.; Otto, 1998, § 7, N° 59 ss., § 15, N° 5 ss.

Una de las principales críticas hechas en contra de esta idea fue la de que permitía la impunidad del agente en todos los casos en que no tuviera conocimiento de la prohibición, aun cuando esto fuera debido a su indiferencia o mala fe[609]. Los esfuerzos hechos para superar esta dificultad, así como otras deficiencias originadas por la admisión de este criterio han sido diversos. En algunos casos, se propuso corregir su rigidez substituyendo la exigencia del conocimiento real del carácter ilícito del hecho, por la simple potencialidad de dicho conocimiento, bajo la condición de que sólo se comprendieran los casos en que existiera un alto grado de poder evitarlo, de modo que se pudiera considerar que el agente tenía una actitud hostil frente al derecho (ceguera jurídica). En estos supuestos, el autor debía entonces ser tratado como si hubiera actuado con dolo a pesar de que no había tenido de verdad consciencia del carácter ilícito de su acto (teoría limitada del dolo, *eingeschränkte Vorsatztheorie*)[610]. 1765

En otros casos, se comenzó por negar la pertenencia del conocimiento de la prohibición al concepto del dolo, para luego afirmar que constituía un supuesto de la culpabilidad. Así, el dolo fue liberado de su dimensión valorativa y considerado como mero querer de la realización del tipo legal objetivo. Desde esta perspectiva, tanto el error sobre la apreciación general de la ilicitud del comportamiento (error de prohibición directo), como el error sobre la existencia, índole o amplitud de una causa de justificación (error de prohibición indirecto) constituyen errores de prohibición. Esta concepción es denominada teoría de la culpabilidad (*Schuldtheorie*)[611], porque no reconoce influencia alguna de este tipo de error sobre el dolo y, en consecuencia, admite que la posibilidad de conocer el carácter ilícito del acto –con independencia del dolo- es una condición propia de la culpabilidad. 1766

Como toda falta de consciencia del carácter ilícito del acto debe ser considerada con referencia a la culpabilidad, la diferencia de tratamiento está determinada sólo por el carácter evitable o inevitable del error. Si una persona cree que es permitido ayudar a morir a un individuo en fase terminal de una enfermedad mortal, comete el error de considerar que el hecho de proporcionarle un veneno es lícito. La manera de cómo será sancionada depende de si era o no posible que evitara este error. Si se admite que este 1767

609 Cfr. Stratenwerth, 2005, § 11, N° 47.

610 Mezger, 1951, p. 500.

611 Stratenwerth, 2005, § 11 N° 53ss.; Graven/Sträuli, 1995, p. 185; Wessels/Beulke, 2001, N° 461 ss.; Baumann/Weber/Mitsch, 2003, § 21 N° 37 ss.

error era evitable, el dolo subsiste, pero su culpabilidad disminuye y, por lo tanto, la pena deberá ser atenuada. En este sentido, basta que el agente tenga la posibilidad de conocer el carácter ilícito de su actuar; por el contrario, si carece de esta posibilidad debido a que las circunstancias le impiden vencer el error en que se encuentra no podrá considerársele como culpable porque este error inevitable excluye el reproche de culpabilidad.

1768 Esta es la concepción que se ha impuesto en Alemania a partir de los años cincuenta y que ha sido consagrada en § 17 del CP vigente. Como ya lo hemos señalado, el art. 14, el mismo que es conservado idéntico en los Anteproyectos de 2004 y 2009 (art. 14, pf. 2), ha sido elaborado según ese modelo foráneo y, por consiguiente, su interpretación debe inspirarse en la concepción alemana predominante. Además, hay que tener en cuenta las diversas y sutiles variantes practicadas a esta teoría para tratar el error sobre las circunstancias materiales de una causa de justificación[612].

3. Art. 14 del Código Penal de 1991

a. Generalidades

1769 En este artículo se dispone que "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". De esta regulación, se deduce, con claridad, el rechazo a la teoría del dolo y la aceptación de la teoría de la culpabilidad. La determinación de si el agente tuvo, en el momento de actuar, la posibilidad de conocer el carácter ilícito de su comportamiento constituye una de las condiciones de la culpabilidad (responsabilidad, según la terminología del Código) y no del dolo (elemento subjetivo del tipo legal).

b. Objeto del error de prohibición

1770 De acuerdo con dicha regla, el error debe concernir al carácter prohibido del "hecho constitutivo de la infracción penal". De ahí se sigue que el agente debe tener pleno conocimiento del hecho; es decir, debe conocer el conjunto de circunstancias tenidas en cuenta por el legislador al elaborar el tipo legal objetivo (ausencia de error de tipo). La cuestión que se plantea cuando se hace referencia al objeto del error de prohibición es la valoración que

612 Cfr. *infra* N° 1777 ss.; de manera confusa se plantea la existencia de error de prohibición y de estado de necesidad justificante: ES del 15 de octubre de 1997, RN N° 4103-96, Lima, en ROJAS, 1999a, p. 146; consultar también PACHAS PALACIOS, 2003, p. 28, 90 ss.

realiza el agente respecto a la conformidad de su comportamiento (hecho conocido de manera correcta) con el ordenamiento jurídico.

De conformidad con la noción amplia de ilicitud, la consciencia de la significación del acto por parte del agente corresponde al sentimiento que éste tiene de actuar de acuerdo o en contra del orden jurídico en general. Esto acaece, por ejemplo, de manera clara cuando el autor sabe que obra violando un mandato general de este orden o perjudicando el bien jurídico de un tercero. Este sentimiento no es de manera necesaria concomitante con la realización del comportamiento[613], puesto que lo decisivo es que el agente deba haber tenido la posibilidad de determinar que, mediante su acción, obra contra el orden jurídico al lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido por un tipo legal determinado. Esta afirmación concuerda con el criterio según el cual sólo se puede actuar culpablemente en relación con un tipo legal[614]. Así, el agente actúa bajo la impresión de cuestionar la protección brindada por las normas jurídicas[615]. 1771

Sin embargo, de esto no hay que concluir que el agente deba conocer la descripción legal del acto y la pena prevista como consecuencia legal de su realización. Así, la consciencia de la prohibición existe desde que el autor, por ejemplo, sabe que su comportamiento no es conforme al derecho civil o administrativo, aun cuando no sea consciente del hecho de que dicho comportamiento es reprimido penalmente. Sin embargo, esta posibilidad de llegar a conocer el carácter ilícito de la conducta corresponde al conocimiento que puede alcanzar una persona sin conocimientos jurídicos particulares[616]. En este sentido, el término delictuoso, empleado en el art. 20, inc. 1, para definir la incapacidad de culpabilidad, no es el más apropiado, pues deja abierta la posibilidad de entender que con él se hace referencia al ilícito penal (adición del carácter típico del acto y de la ausencia de causas de justificación). Por esto resulta más coherente referirse, como se hace en el art. 14, pf. 2, a la ilicitud del hecho, puesto que así se logra una mayor coherencia en la regulación de la incapacidad de culpabilidad y del error de prohibición. 1772

Si bien no es necesaria la consciencia de la punibilidad del hecho, es insuficiente que el agente crea que comete un acto inmoral o socialmente 1773

613 Bustos/Hormazabal, 1997, p. 345 ss.

614 Wessels/Beulke, 2001, N° 461.

615 Stratenwerth, 2005, §11, N° 45; Cfr. Jakobs, 1991, 19/41

616 Cramer/Steinberg-Lieben, en Schönke/Schröder, 2006, § 17 N° 5; Rudolphi, en SK, AT 1, § 17 N° 3 ss.; Jescheck/Weigend, 1996, § 41 I 3 a; Gropp, 1997, § 13 N° 43.

perjudicial[617]. En un país multicultural como el nuestro, no se puede hacer depender el reproche penal de culpabilidad de elementos tan diversos y cambiantes. Además, no hay que olvidar que, conforme al criterio de la *ultima ratio*, no se reprime penalmente todo comportamiento inmoral o antisocial. Por todas estas razones, la consciencia de la inmoralidad del acto o de que éste es dañino para la sociedad sólo puede ser tenida en cuenta como un simple indicio de que el agente sabía que actuaba ilícitamente. Dicha consciencia puede ser, asimismo, invocada para reprochar al agente el no haberse esforzado de manera suficiente para determinar si actuaba o no conforme al derecho.

1774 La situación no cambia si el agente, consciente del carácter ilícito de su acto, lo realiza por estar convencido de que la prohibición es injusta o por pensar que su acto es el medio justo para influenciar una situación política o social (p. ej., daños a la propiedad en una marcha de protesta, coacciones, injurias cometidas con ocasión de un conflicto laboral o político). El delincuente por convicción actúa[618], por lo tanto, con consciencia del carácter ilícito de sus actos. Sin embargo, el error de prohibición no está siempre excluido en estos casos, puesto que el agente puede considerar que su manera de actuar, en la situación concreta, es permitida o, al menos, tolerada por el orden jurídico (p. ej., el obrero que considera que su derecho a la huelga comprende impedir que trabajen sus colegas que se oponen a paralizar el trabajo).

c. *Formas de error de prohibición*

c.1. *Error de prohibición directo*

1775 En este tipo de error de prohibición, el autor desconoce que una norma legal prohíbe el acto, la cree derogada o la interpreta de modo que considera que su comportamiento es permitido[619]. Por ejemplo, el sujeto que mantiene relaciones sexuales consentidas con una menor de 13 años de edad, ignorando que la ley reprime todo acto sexual con menores de 14

617 Gropp, 1997, § 13 N° 42

618 Cramer/Steinberg-Lieben, en Schönke/Schröder, 2006, § 17 N° 7 ss.; Jescheck/Weigend, 1996, § 41 I 3 a; Jakobs, 1991, 19/24 ss.; Wessels/Beulke, 2001, N° 404; Maurach/Zipf, 1992, § 35 N° 7; Ebert, 1975, p. 66.

619 Roxin, 2006a, § 21 N° 20 ss.; Jescheck/Weigend, 1996, § 41 II 1a, 31 ss.; Maurach/Zipf, 1992, § 38 N° 14 ss.; Baumann/Weber/Mitsch, 2003, § 21 N° 45 ss.; Velázquez, 1997, p. 556; Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2000, p. 700 ss.

años. Poco importa que el autor haya o no reflexionado sobre la conformidad de su acto con el ordenamiento jurídico. Se equivoca tanto quien duda sobre la licitud de su acto antes de ejecutarlo, como quien nunca se planteó la cuestión. Esto, sin embargo, no aparece de manera tan clara cuando se exige, como lo hacía el art. 87 del CP de 1924, "que el agente hubiera considerado lícito [el acto]". Según esta fórmula, sería necesario entonces que el autor se representara de modo positivo que no actuaba ilícitamente. Esta exigencia es excesiva porque, para la culpabilidad, basta la posibilidad de darse cuenta del carácter ilícito del acto. Además, en la práctica, este caso de ausencia de la consciencia del ilícito resulta difícil de admitir tratándose de las incriminaciones centrales del derecho penal (p. ej., homicidio, lesiones, aborto, secuestro). Sin embargo, en sociedades pluriculturales, los miembros de ciertas minorías, aun pudiendo en principio conocer el carácter ilícito de un acto, no piensan siquiera en esto cuando dicho acto es conforme a los estándares de comportamiento del grupo social al que pertenecen.

c.2. Error de prohibición indirecto

El agente se equivoca sobre los límites legales de una causa de justificación reconocida por el ordenamiento jurídico o sobre la existencia de una causa de justificación no admitida por el derecho. Por esto también se le denomina error sobre la permisión (*Erlaubnisirrtum*)[620]. En el primer caso, cree actuar amparado por una causa de justificación (legítima defensa), pero en realidad sobrepasa los límites de ésta (utilización de medios desproporcionados o defensa cuando ya la agresión había finalizado). En la segunda hipótesis, el agente estima que su acto ilícito (lesionar a una persona) está permitido por el orden jurídico. Por ejemplo, el padre que se cree autorizado por las normas del derecho de familia para maltratar a su hijo menor desobediente con la finalidad de corregirlo. La doctrina ha señalado, de modo correcto, la dificultad de distinguir ambos casos, puesto que la primera hipótesis también implica la creencia en una causa de justificación inexistente. Además, el error indirecto se parece al error directo porque en ambos casos, el agente, conociendo los hechos, actúa con una representación de su significación jurídica que contradice la que corresponde a los valores establecidos por el ordenamiento jurídico. 1766

620 Wessels/Beulke, 2001, N° 458; Cramer/Steinberg-Lieben, en Schönke/Schröder, 2006, § 17 N° 12; Jescheck/Weigend, 1996, § 41 I 1 1b; Gropp, 1997, § 13 N° 119 ss.

c.3. Error sobre las circunstancias materiales de una causa de justificación

1777 En este caso, el agente obra creyendo por error que las circunstancias en las que actúa corresponden a las de una causa de justificación reconocida por la ley y que, por lo tanto, su comportamiento es lícito (*Erlaubnistatbestandsirrtum*)[621]. Él sabe que su acto es contrario a una norma prohibitiva, pero estima que ésta cede o no es eficaz en las circunstancias en que por equivocación cree actuar. Por ejemplo, quien se cree, por error, víctima de una agresión ilícita que en realidad no existe y lesiona a la persona que considera como su agresor. Este tipo de error presupone una situación inversa a la de quien carece de consciencia de que en el contexto en que actúa se dan las circunstancias de una causa de justificación. Además, hay que distinguirlo con claridad de los dos casos de error de prohibición indirecto indicados con anterioridad[622].

1778 En doctrina, la discusión se da sobre las consecuencias jurídicas de este error sobre una circunstancia material de una causa de justificación. Para los sostenedores de la teoría de los elementos negativos del tipo legal[623], dicho error constituye un error de tipo (art. 14, inc. 1)[624]. Por lo tanto, concluyen que el agente no actúa con dolo y que, si se dan las condiciones necesarias, sólo puede ser responsabilizado a título de culpa. Por su parte, los defensores de la teoría limitada de la culpabilidad (*eigenschränkte Schuldtheorie*) llegan a la misma conclusión, pero por razones diferentes, debido a que parten de la concepción de que la culpabilidad supone sólo la posibilidad de conocer el carácter ilícito del acto y de que todo error de prohibición la concierne. En realidad, se limitan a restringir la aplicación de este criterio de carácter general. Su argumento es que resulta conveniente atribuir, por analogía, al error sobre una circunstancia material de una causa de justificación los mismos efectos que los correspondientes a un error de tipo legal, es decir, la exclusión del dolo. Este trato diferenciado se justificaría porque la actitud de quien actúa bajo la influencia de este

621 GROPP, 1997, § 13 N° 96 ss.; WESSELS/BEULKE, 2001, N° 467 ss.; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 41 III 2; ROXIN, 2006a, § 14 N° 79 ss., § 21, N° 21; BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 21 N° 29 ss.

622 Cfr. *supra* N° 1776 ss.

623 Cfr. *supra* N° 1102 ss.

624 Cfr. *supra* N° 1262 ss.; BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 16 N° 32, § 21 N° 31; HRUSCHKA, 1983, p. 210; Cfr. LENCKNER/EISELE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, Vorbem §§ 13 N° 15.

error no es la misma que la de quien comete un error de prohibición (art. 14, pf. 2). El dolo con que actúa quien se equivoca sobre las circunstancias materiales de una causa de justificación no tiene la misma intensidad que el dolo de quien, sin equivocarse sobre las circunstancias materiales de su acción, se engaña sobre su carácter ilícito. Respecto al primero, si las circunstancias imaginadas por el autor hubieran existido, su comportamiento hubiera sido justificado; no así en el caso del segundo, que tiene una actitud de enfrentamiento al orden jurídico. Por consiguiente, si el error evitable sobre las circunstancias materiales de una causa de justificación es debido a una falta de atención o imprudencia el agente debe ser reprimido conforme a las reglas referentes al error de tipo (art. 14, pf. 1).

En oposición a este criterio, los partidarios de la llamada culpabilidad estricta (*strenge Schuldtheorie*) sostienen que hay que aplicar directamente al error sobre las circunstancias materiales de una causa justificación los criterios relativos al error de prohibición. En consecuencia, consideran que no tiene el efecto de excluir el dolo y que, si el error es inevitable, el agente no es culpable. Por el contrario, si dicho error es evitable, el agente podrá ser reprimido de forma atenuada, conforme a las reglas de la individualización de la pena (art. 46). 1779

Debido a la similitud de la técnica legislativa empleada para redactar los tipos legales y las causas de justificación (descripción de un comportamiento y previsión de consecuencias legales), es conveniente asimilar la suposición equivocada de la existencia de una situación material relativa a una causa de justificación con la ignorancia o desconocimiento de un elemento del tipo legal objetivo. Quien obra bajo la influencia de este error tiene, en verdad, la voluntad de ejecutar un comportamiento conforme al orden jurídico. Ante esta situación se presentan dos alternativas: el comportamiento no es comprendido en el tipo legal o es considerado como lícito en la medida que la situación concreta es la que se ha representado el autor. 1780

Tratándose de error de tipo, el agente no es consciente de lo que hace en realidad, mientras que, en caso de error sobre un aspecto objetivo de una causa de justificación, sabe que su acción es típica y, en principio, contraria al orden jurídico. Si se tienen en cuenta estas dos circunstancias, se puede admitir que la suposición errada de actuar bajo el amparo de una causa de justificación puede compararse al error de prohibición. Por lo tanto, dicho error no está del todo comprendido en el error de tipo ni en el error de prohibición. 1781

1782 Además, en razón de la dificultad para distinguir con precisión entre la conformidad con el derecho de un acto estimado socialmente aceptable y el comportamiento típico declarado lícito por la presencia de una causa de justificación, resulta inconveniente, conforme a una política criminal adecuada, aplicar las normas relativas al error de prohibición, más severas que las referentes al error de tipo, a casos que son, objetivamente, análogos a este último. Quien se equivoca sobre las circunstancias materiales de una causa de justificación no actúa con intención y si causa un perjuicio a un tercero sólo puede ser responsabilizado a título de negligencia. No es suficiente, para rechazar este criterio, afirmar, como lo hacen los defensores de la teoría estricta de la culpabilidad, que si el agente no incurre en error de tipo, debe estimarse que tiene la posibilidad de saber que su comportamiento era ilícito. Frente a esto, hay que sostener que, en realidad, quien se equivoca sobre el aspecto material de una causa de justificación obra con la misma consciencia de quien, sin quererlo, realiza un comportamiento típico y que, en consecuencia, sólo cabe reprocharle una eventual negligencia.

1783 En esta perspectiva, se ha considerado, partiendo de la teoría de la culpabilidad, que el problema debe ser resuelto teniendo en cuenta, sobre todo, las consecuencias jurídicas que conviene admitir (*rechtsfolgenverweisende Schuldtheorie*)[625]. Con este objeto, se considera, por un lado, que el error sobre el aspecto material de una causa de justificación sólo disminuye la intensidad del juicio de valor negativo respecto al acto y, por el otro, que el autor no actúa motivado por la comisión de un acto ilícito, sino sólo debido a una apreciación equivocada de una situación de hecho. Además, teniendo en cuenta la doble función del dolo, se estima que dicho error no excluye a éste (elemento subjetivo del tipo legal), sino a la culpabilidad dolosa. Lo que determina, sin embargo, que no pueda reprimirse al agente como autor de un delito doloso. Por lo que deben aplicarse en caso de error sobre las circunstancias materiales de una causa de justificación los mismos criterios aplicados en caso del error de tipo, es decir, considerando sólo la posibilidad de reprimir al agente, según las circunstancias, a título de negligencia.

1784 Por razones, prácticas creemos que, en nuestro medio, no es conveniente profundizar en tales sutilezas dogmáticas. Además, todo este debate ha sido bien criticado por su exceso de dogmatismo. Tampoco hay que olvidar que los argumentos agudos presentados ocultan criterios de política criminal, los cuales son claves para decidir sobre las consecuencias legales que

625 GALLAS, 1955, p. 45 ss.

deben establecerse, en caso de error sobre las circunstancias materiales de una causa de justificación. Si el autor actúa bajo la influencia de un error de este tipo, su decisión no es la de cometer un comportamiento ilícito, sino que más bien lo hace con la idea de que obra conforme al derecho. Por lo tanto, resulta justo someterlo a la regla relativa al error de tipo. En el marco de nuestra legislación, por último, las discusiones teóricas pierden gran parte de su importancia en la medida en que, según el art. 14, pf. 2 (al igual que el § 17 del CP alemán), la pena debe ser atenuada en el caso de error de prohibición evitable.

c.4. Error de prohibición invencible

Sólo respecto a quien tiene la posibilidad de conocer el mandato jurídico, se puede expresar, de manera justa, el juicio de reproche en que consiste la culpabilidad. Asimismo, el sujeto se sentirá responsable de su comportamiento en la medida en que se dé cuenta de su valor negativo. Además, la eficacia del derecho penal como medio de control social depende de cómo se garanticen las condiciones que permitan a las personas saber que un determinado hecho está prohibido. Si el mandato normativo no ha sido bien interiorizado, resulta imposible que pueda servir de guía de comportamiento al individuo. 1785

Cuando el agente no tiene acceso al mandato de la norma, no puede saber si su acto está o no prohibido y, por lo tanto, no puede obrar culpablemente. Sin embargo, la decisión de reprocharle o no el comportamiento ilícito ejecutado está condicionada por las circunstancias que, en su caso, no le permitieron tener consciencia de la prohibición. Por esta razón, la ley distingue entre error de prohibición vencible e invencible[626]. Estas expresiones (evitable e inevitable) sugieren de manera incorrecta que lo decisivo es lo que es posible hasta el último extremo; es decir que ni las circunstancias materiales, ni las creencias del agente deberían hacerle dudar del carácter lícito de su comportamiento. 1786

Sin embargo, debido a que la culpabilidad está estrechamente vinculada al acto individual, hay que admitir que el carácter invencible del error debe determinarse tanto en relación con el agente en el contexto mismo de la realización de la acción. De esto se desprenden dos conclusiones: en primer lugar, no se trata de una imposibilidad absoluta de descartar el error y, en 1787

626 Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2000, p. 694 ss.

segundo lugar, el agente tiene el deber de realizar esfuerzos suficientes para informarse sobre la índole de su comportamiento.

1788 La índole invencible del error no supone, en consecuencia, que éste sea imposible de evitar o que el agente deba desplegar esfuerzos extremos para descartarlo. Esta exigencia sería excesiva debido a que los destinatarios del derecho son personas normales, a las cuales no se les demanda que se comporten de manera sobrehumana. Si sucediera lo contrario, la vida comunitaria no podría desarrollarse con la fluidez y la tranquilidad necesarias, pues, cualquier circunstancia o reflexión podría crear dudas sobre la licitud del acto que será ejecutado y, por consiguiente, éste no tendría que ser realizado hasta haberlas descartado, y en el caso de no lograr esto, no debería ser ejecutado. Además, el simple hecho de que las leyes sean publicadas y, por lo tanto, sean accesibles a todos (principio de legalidad) permitiría afirmar que todo error de prohibición puede ser evitado. Esto significaría que no habrían errores invencibles o inevitables. Interpretar en este sentido la fórmula legal "error inevitable", fuera de contradecir el fundamento del art. 14, pf. 2, implicaría volver al criterio superado del *error iuris nocet*.

1789 El deber de las personas de informarse en el momento de actuar está limitado a lo que es preventivamente imprescindible. Por analogía, deben aplicarse los criterios establecidos para determinar si la persona ha actuado con culpa (imprudencia, negligencia, descuidadamente). En este sentido, debe admitirse que el agente está obligado a informarse cuando duda de que su acto esté permitido, o cuando no sabe que dicho acto es perjudicial para terceros, o cuando, sin dudar que está prohibido, sabe que el dominio al que pertenece está legalmente reglamentado[627]. De esta manera, se excluyen las exigencias extremas consistentes, por un lado, en afirmar un deber general de cerciorarse de la conformidad del acto al derecho y, por otro, en sostener que cualquier duda es un motivo para informarse.

1790 Los esfuerzos destinados a obtener la información necesaria deben ser suficientes y serios. Así, el agente cuestionado por haber cometido un acto ilícito, debe estar en condiciones de poder afirmar que tuvo suficientes razones para creerse con el derecho de actuar. En cuanto al aspecto material del comportamiento, pueden señalarse como factores externos, por ejemplo, las informaciones proporcionadas por la autoridad competente, las au-

627 Esta opinión es compartida en el Perú por Pachas Palacios, 2003, p. 29, para quien "el agente puede salir de esa falsa o errónea interpretación si es más cuidadoso, si consulta con otras personas, [si] fuese más negligente".

torizaciones administrativas, las prácticas habituales de tolerancia de las autoridades, los textos legales imprecisos o ambiguos, las resoluciones judiciales contradictorias. Todos estos factores pueden impedir la comprensión del carácter ilícito de un hecho determinado.

En cuanto al aspecto personal, hay que considerar el ya mencionado nivel de socialización o de integración del individuo a la cultura predominante, fundamento del sistema jurídico. En esta perspectiva, hay que tener en cuenta también la pertenencia del agente a un sector social determinado y la actividad económica que ejerce. Si ésta se encuentra reglamentada, el agente está obligado a informarse sobre la regulación de dicha actividad (p. ej., el comercio de alimentos, el transporte de substancias peligrosas, la fabricación de explosivos, etc.). Por último, tanto el contenido como los límites del deber de informarse están determinados por el nivel de socialización y de experiencia de la persona involucrada. 1791

El carácter invencible del error no debe, sin embargo, ser decidido invocando la responsabilidad del agente por su falta de educación o de formación personal. Admitir esto conduciría con seguridad a afirmar la culpabilidad no por el acto, sino por la conducta de vida del individuo. Un caso bastante claro es el referente a los delincuentes habituales, respecto a los cuales se podría afirmar que su manera de ser los hace siempre conscientes de actuar contra el derecho. 1792

c.5. Consecuencias penales

A diferencia del modelo alemán, el art. 14, pf. 2, establece como consecuencia jurídica del error de prohibición inevitable la "exclusión de la responsabilidad" y no la exclusión de la culpabilidad. Si ambos términos son utilizados como sinónimos por el legislador nacional, la diferencia es entonces de poca importancia. Pero si se admitiera el criterio alemán según el cual hay que distinguir ambas categorías, se presentaría el problema de saber si la norma regula sólo la responsabilidad (necesidades de carácter preventivo que exigen la imposición de la pena) y no la culpabilidad (supuesto indispensable de la responsabilidad). Los partidarios de la noción de responsabilidad consideran que no se pena en estos supuestos de error debido a que no es imperioso penar por faltar necesidades preventivas de hacerlo[628]. El art. 14 resulta pues comprensible si se considera, como lo hemos propuesto, 1793

[628] Roxin, 2006a, § 21 N° 38 ss.

que el término responsabilidad sea entendido en el sentido de culpabilidad. La exclusión de la culpabilidad implica la no imposición de la pena, en aplicación del principio "no hay pena sin culpabilidad (responsabilidad)".

1794 En cuanto al error de prohibición evitable, el legislador ha preferido establecer la obligatoriedad de la atenuación de la pena. Así, ha considerado que la disminución de la culpabilidad provocada por dicho error debe materializarse siempre en una atenuación de la represión. Este criterio está justificado porque el agente, debido a la buena fe con que ha actuado, es menos culpable que quien obra conscientemente contra el derecho. El legislador alemán, por el contrario, deja un margen al juez para que decida, según la especificidad de cada caso, si atenúa o no la sanción. Los juristas germanos interpretan de manera restrictiva la prescripción que estatuye sólo la atenuación facultativa de la pena; puesto que consideran casi de forma unánime que en general la culpabilidad del autor se reduce de manera no poco considerable. Al respecto, sólo admiten a título excepcional la no atenuación de la pena cuando el error de prohibición se debe a la hostilidad del agente frente al derecho.

VIII. Exclusión de la culpabilidad

1. Introducción

1795 La capacidad de culpabilidad (imputabilidad) y la posibilidad de conocer el carácter ilícito del acto fundamentan la culpabilidad y, por lo tanto, ésta no existe si falta una de éstas. Dicho de otra manera, no puede reprocharse al agente el comportamiento típico y antijurídico que ha cometido, si es incapaz de actuar culpablemente u obró bajo la influencia de un error de prohibición invencible.

1796 En ciertos casos excepcionales, no se pena a pesar de que la culpabilidad no está del todo excluida. Se trata de causas de exculpación, que han sido explicadas según el criterio de la no exigibilidad de un comportamiento conforme a la norma. Es decir, no se puede tener la pretensión, vistas las circunstancias concretas en las que el agente ha actuado, de que se hubiese comportado de manera distinta a como lo hizo. La capacidad de culpabilidad y la posibilidad de saber que se comete un acto ilícito no son afectadas.

1797 Para reemplazar dicho criterio formal y general, insuficiente como fundamento, se trató de dar una explicación material común a las diversas causas de exculpación. En este sentido, se consideró que el estado de ánimo en el

que se encuentra el agente se asemeja a una falta de capacidad de culpabilidad debida al contexto particular en el que ha realizado su comportamiento. Su libre determinación de voluntad habría disminuido debido a la presión anímica excepcional producida por las especiales circunstancias materiales en que actuó. Esta insuficiente capacidad de motivación implicaría una disminución de la culpabilidad. Sin embargo, si es así, cómo explicar que se exima de responsabilidad a pesar de que, aunque mínima, la culpabilidad subsiste. Del mismo modo, por qué se restringen sus efectos sólo a los actos concernientes a determinados bienes jurídicos (vida, integridad corporal, libertad) y a ciertas personas (con las que se tiene estrecha vinculación).

1798 En consideración a la peculiaridad de cada una de las causas de exculpación, se prefiere, en la actualidad, aplicar un criterio discriminador que tenga en consideración sus diferencias especificas. Con este fin, se tiene en cuenta la manera cómo dichas causas influyen en la valoración del carácter ilícito del comportamiento y en la de la culpabilidad del autor. La primera está condicionada por el hecho de que no sólo se daña un bien jurídico ajeno, sino que se salva otro bien jurídico. Esta atenuación de la ilicitud determina de un modo indirecto una disminución de la culpabilidad. En cuanto a la misma culpabilidad, su intensidad es reducida por la presión anímica excepcional con la que actúa el autor. En esta perspectiva, las causas de exculpación deben percibirse, pues, como causas de disminución del injusto y de la culpabilidad, a las cuales el legislador ha asociado la *impunidad* porque su concurrencia impide que se alcance el límite del merecimiento de pena.

1799 Esta, Sin embargo, esta explicación no satisface del todo, en la medida en que impide comprender por qué no se exime de la pena a quien se le pueda exigir que acepte o soporte el peligro (p. ej., el policía en actos de servicio). Lo mismo sucede respecto a la no exclusión de la pena cuando el tercero afectado es un extraño al agente y no uno de sus allegados. Así mismo, la presión anímica excepcional puede ser provocada por el riesgo de una perdida patrimonial muy importante, a pesar de lo cual el bien jurídico patrimonio no ha sido considerado por el legislador. En todos estos casos, el mínimo de merecimiento de pena tampoco existe cuando se dan las condiciones de una causa de exculpación. Por tanto, es indispensable buscar otra explicación.

1800 Una parte de la doctrina trata de fundamentar la exención de la pena refiriéndose a sus fines. Así, basándose en la noción funcional de la culpa-

bilidad, se fundamenta el estado de necesidad que la excluye en la falta de necesidades de prevención general. El carácter extremo de este criterio ha sido limitado afirmándose que es indispensable tener en cuenta, además, la falta de necesidades de prevención especial; puesto que el autor tiene la capacidad de actuar conforme al derecho. La exención de la pena procede en la medida en que los criterios de prevención general la permitan. Cuando no sea indispensable satisfacer estas necesidades, el efecto es la impunidad por falta de responsabilidad (en el sentido estricto). Por el contrario, si subsiste una necesidad de prevención general (p. ej., el policía ante un peligro debe cumplir sus deberes de función) el mantenimiento de la pena está justificado. La principal crítica que se hace a esta concepción concierne la misma idea de culpabilidad. La falta de necesidad de prevención general de reprimir no determina que no exista la culpabilidad, sino más bien es la culpabilidad insignificante del agente la que no da lugar a la necesidad de prevención general, por lo tanto, también hace superflua la reacción penal.

1801 Son consideradas circunstancias de exculpación el estado de necesidad excusable, la legítima defensa excusable, los conflictos de deberes en ciertos casos previstos en la parte especial con relación a algunos tipos legales.

2. Estado de necesidad excusable

a. Evolución legislativa

1802 En el Proyecto de octubre de 1984, art. 28, se diferenció, por primera vez en nuestra legislación, el estado de necesidad circunstancia justificante del estado de necesidad excluyente de la culpabilidad. En esta disposición se estatuía: "No es culpable el que para proteger un derecho propio o de otra persona con la que está unido por vínculos de parentesco o afecto, ante un peligro actual o inminente, que no ha provocado, ni podía evitar de otra manera, sacrifica un derecho ajeno, que puede ser superior al derecho protegido, siempre que no le sea razonablemente exigible conducta diversa". En los Proyectos de 1985 (art. 31) y 1986 (art. 31), se suprimió la frase: "que puede ser superior al derecho protegido". El art. 20, inc. 5, del Código vigente dice: "El que, ante un peligro actual y no evitable de otro modo, que signifique una amenaza para la vida, la integridad corporal o la libertad, realiza un hecho antijurídico para alejar el peligro de si mismo o de una persona con quien tiene estrecha vinculación". Esta versión ya figuraba tanto en el Proyecto de 1990 (art. 25, inc. 5), como en el Proyecto de 1991 (art. 20, inc. 5). También aparecía en estos dos últimos proyectos inc. 5, pf.

2. Esta disposición indica: "No procede esta exención si al agente pudo exigírsele que aceptase o soportase el peligro en atención a las circunstancias; especialmente, si causó el peligro o estuviese obligado por una particular relación jurídica". En los anteriores proyectos no se consideró disposición semejante. En el Anteproyecto de CP de 2004 (art. 20, inc. 5), se proponen dos modificaciones relativas al pf. 1. La primera consiste en reemplazar la expresión "integridad corporal" por la de "salud individual". La segunda, más de fondo, se refiere a ampliar la aplicación de la excusa a toda persona ("terceros"), en lugar de limitarla, como lo hace el texto vigente, a las persona con quien el agente tiene estrecha vinculación. En el Anteproyecto de CP de 2009, se retoman estas mismas propuestas (art. 20, inc. 5).

En la exposición de motivos del Código, se señala que el modelo seguido 1803
al redactar el art. 20, inc. 5, es el § 35 del CP alemán. No se indica, sin embargo, si fue consultada la versión original o si se utilizó alguna de las traducciones hechas al español. Las afinidades con el art. 35 del CP español son bastante fuertes. La disposición, cuyo encabezamiento es "estado de necesidad exculpatorio" (*entschuldigender Notstand*), dice: "El que ante un peligro actual, que no se puede conjurar de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporal o la libertad comete un hecho antijurídico para alejar el peligro de sí mismo, de un pariente o de otra persona con la que tiene estrecha vinculación, obra sin culpabilidad. No rige esta exención en la medida en que al autor pudo exigírsele que aceptase el peligro, en función de las circunstancias, particularmente cuando él hubiese causado el peligro o cuando se hallase en una relación jurídica especial".

b. Presupuestos del estado de necesidad

El estado de necesidad exculpatorio[629] presupone, por lo tanto, una situa- 1804
ción de peligro, actual y no evitable de otro modo, para la vida, la integridad corporal o la libertad, y la comisión de un hecho antijurídico para salvarse a sí mismo o a una persona con quien se tiene estrecha vinculación.

La noción de peligro es la misma que la referente al estado de necesidad cau- 1805
sa de justificación (art. 20 inc. 4). No hay razón válida para interpretar de manera diferente, en este punto, los textos de los incs. 4 y 5 del art. 20. En ambas disposiciones, se habla de peligro, que debe de ser actual. El hecho de

[629] Se admite en la ES del 15 de octubre de 1997, RN N° 4103-96 Lima, en ROJAS, 1999a, p. 146. De manera del todo equivocada: ES del 30 de enero de 1998, RN N° 194-97 La Libertad, en ROJAS, 1999a, p. 151 ss., en particular dictamen del Ministerio Público.

que en el inc. 4 se haga referencia al carácter "insuperable de otro modo" de este peligro y en el inc. 5 que sea "no evitable de otro modo", no implica una diferencia substancial. Se trata de expresiones sinónimas mediante las cuales se alude a que el peligro pueda ser evitado, pero que no está permitido al agente descartarlo de cualquier manera. Su comportamiento ilícito debe ser el recurso extremo para salvar el bien jurídico en peligro. Ante todo, resulta evidente, no debe poder evitarlo realizando un acto conforme al derecho. Si sólo puede salvar el bien jurídico en peligro afectando intereses de terceros, debe recurrir al menos perjudicial de los medios que tiene a su disposición. Poco importa, así mismo, cual sea el origen de la situación de riesgo.

1806 Siguiendo el criterio alemán[630], el legislador ha enumerado, de manera exhaustiva los bienes jurídicos susceptibles de protección en estado de necesidad. Esta restricción se explica por tratarse de una causa de exculpación y por las razones de prevención tenidas en cuenta para declarar la impunidad del acto ilícito cometido en estado de necesidad excusable. Estas razones no existen en relación con el estado de necesidad justificante, en el que la jerarquía de los bienes jurídicos en conflicto es determinante. En el inc. 5, sólo se mencionan la vida, la integridad corporal y la libertad.

1807 El término vida debe ser comprendido en el sentido de la vida realizada; es decir de una persona. No se trata de la vida embrionaria: primero, porque ambas etapas del proceso vital son valoradas y protegidas penalmente de manera diferente; segundo, porque el mismo texto legal hace referencia a que el titular sea una "persona" y, según el derecho penal, no lo es el embrión o feto. La integridad corporal comprende tanto la constitución física del cuerpo, como la salud física y mental. Hablar de salud individual en lugar de integridad corporal (art. 20, inc. 5, del Anteproyecto de CP de 2004) tiene el inconveniente de que toma en cuenta que se puede perjudicar la integridad corporal sin dañar a la salud. Lo contrario también es exacto, pero la expresión "lesiones corporales" siempre ha sido comprendida, conforme a los tipos legales, como causar perjuicio tanto a la integridad corporal como a la salud (física o mental). Para evitar problemas, deberían ser mencionadas tanto la una como la otra. En cuanto a la libertad, hay que interpretarla como la libertad de movimiento y no la libertad general de actuar voluntariamente. Si bien respecto a estos dos últimos bienes jurídicos, la amenaza que representa la situación de peligro debe ser de

630 MAURACH/ZIPF, 1992, § 34, N° 13; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 44 I 1; RUDOLPHI, en SK, AT 1, §. 35 N° 5; BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 23 N° 20; JAKOBS, 1991, 20/9.

cierta magnitud (p. ej., no basta el peligro de sufrir un simple arañazo o una brevísima privación de libertad), esto no obsta para que en el caso de la libertad deban considerarse circunstancias como la de la autodeterminación sexual respecto a la violación (que supone un riesgo para la vida e integridad corporal).

Se precisa el ámbito de aplicación del estado de necesidad excusable al limitarse el número de personas que pueden ser protegidas, además del propio agente. A diferencia del texto alemán y de otras leyes, el legislador no menciona expresamente a los parientes, ni a los allegados y se satisface con una formula general: "persona con quien tiene estrecha vinculación". Esta expresión es utilizada, en otros códigos penales, como complemento de la enumeración expresa de las personas indicadas. El texto de nuestra ley debe ser interpretado de manera amplia, comprendiendo toda relación que vincule de manera especial el agente a la persona en peligro. Este vinculo puede tener cualquier origen (familiar, amoroso, amistoso, legal, convencional, etc.) y su existencia debe ser comprobada en el caso concreto. De modo que, teniéndose en cuenta las circunstancias personales y materiales, se llegue al convencimiento de que es comprensible que el agente haya actuado de la manera como lo hizo. Constatación que permite comprender que, por razones de prevención general, el legislador admita la impunidad. Esta limitación es eliminada sin mayores explicaciones en el Anteproyecto de CP de 2004. 1808

El acto cometido en estado de necesidad está determinado por tres factores: primero, debe constituir un "hecho antijurídico", es decir típico y no amparado por una causa de justificación. Segundo, debe ser el último medio para salvar el bien jurídico y de manera que cause el menor perjuicio a otro. Tercero, debe estar destinado a proteger el bien en peligro ("para alejar el peligro")[631]. Respecto a esto último, el agente no sólo debe haber conocido la situación de peligro en la que se encuentre el bien jurídico, sino que este conocimiento ha de haber sido el motivo que lo impulsó a actuar. Por el contrario, poco importa que haya también obrado por otros motivos. 1809

c. *Restricción a la exculpación*

Según el art. 20, inc. 5, pf. 2, no procede la exención de pena si "al agente pudo exigírsele que aceptase o soportase el peligro en atención a las cir- 1810

631 Lenckner/Perron, en Schönke/Schröder, 2006, § 35 N° 3 ss.; Otto, 1998, § 14 N° 10; Wessels/Beulke, 2001, N° 438; Jakobs, 1991, 20/10.

cunstancias". Se trata de una referencia expresa a lo que el ordenamiento jurídico puede exigir a alguien que se encuentra en la situación excepcional propia del estado de necesidad. Esta regla especial no se refiere a los riesgos propios de la situación concreta en que actúa el agente y que deben ser tenidos normalmente en cuenta para admitir o no la exculpación. Más bien hace referencia a deberes u obligaciones particulares que se dan o existen en el momento de cometerse el acto. A manera de ejemplo de esta situación, la ley menciona los casos en los que el agente haya causado él mismo el peligro y quien está obligado por una particular relación jurídica.

1811 Para bien comprender estos ejemplos, debe tenerse debidamente en cuenta el criterio de la exigibilidad. No basta para excluir la invocación del estado de necesidad excusable el hecho de que el autor haya creado un peligro, sino que es necesario comprobar si en virtud de haber causado el peligro se le pueda o no exigir que lo acepte o lo soporte. A quien denuncia a un sicario y pone así su vida o integridad corporal en peligro ante la reacción de la mafia, no puede exigírsele que acepte o soporte ser atacado. Los casos de vinculación jurídica especial están en general relacionados con el ejercicio de un cargo o de una profesión: por ejemplo, policía, bombero, médico, soldado, etc. En consecuencia, se trata sólo de peligros propios del cargo o de la profesión. En el caso de un incendio en un teatro, un espectador médico no está obligado a aceptar o soportar el peligro que amenaza su vida o integridad corporal. Resulta también inaceptable que la exigencia llegue al extremo del sacrificio de la vida o integridad corporal. No es objetivo del derecho penal imponer comportamientos heroicos.

3. Legítima defensa excusable

1812 Se trata de casos de exceso en la legítima defensa. En doctrina, se distinguen dos formas de exceso en el ejercicio del derecho a la defensa. Por un lado, el exceso intensivo consistente en el hecho de que el agredido se defiende de modo desproporcionado; es decir, que no se comporta de la manera menos perjudicial para el agresor. Su defensa rebasa el límite establecido por la ley. Por otro, el exceso extensivo, que concurre cuando la acción defensiva tiene lugar antes de que se dé de verdad la agresión o después de que ésta se ha producido.

1813 El acto del defensor es ilícito, ya que la legítima defensa es imperfecta. Esta circunstancia impide prever la impunidad, pero no permite comprender cabalmente por qué sólo se prescribe la atenuación de la pena. Si la represión, aún atenuada, es posible, esto significa que el exceso en la legítima

defensa no es considerado como causa de exculpación. Sólo constituye una circunstancia atenuante de la pena; la misma que debe ser fijada en proporción con el grado de culpabilidad.

Esta diferencia entre los casos de exceso ha conducido a proponer que no sean tratados de la misma manera. En el caso del exceso intensivo, se admite con cierta facilidad la atenuación de la pena –en algunas leyes extranjeras, hasta la impunidad– debido a que se considera que la excitación o la angustia provocada por el ataque ilícito limita la capacidad del agente para apreciar bien la proporcionalidad de su manera de defenderse. De modo que su culpabilidad es disminuida, lo que implica la atenuación de la represión. El factor decisivo es entonces el carácter excusable del exceso en que incurre el agente. Dicho de otra manera, su forma de reaccionar resulta comprensible, puesto que cualquier otra persona hubiera actuado del mismo modo. Por lo tanto, no basta el estado personal de perturbación en que éste se encuentra. Es indispensable que su comportamiento sea objeto de un juicio de valor favorable, lo que implica también una disminución de la intensidad de la ilicitud del acto y de su culpabilidad. Esto no sucede cuando el agente obra impulsado, sobre todo, por la cólera o la revancha[632] y, así mismo, cuando el mismo ha creado culpablemente la situación peligrosa. 1814

En cuanto al exceso extensivo, por el contrario, se afirma que no se trata en realidad de un exceso, ya que no existe del todo la legítima defensa, en razón a que la reacción del agente tiene lugar antes o después de que se dé la agresión. Por lo tanto, por un lado, no puede hablarse de exceso de límites que nunca han existido y, por otro, ni la ilicitud ni la culpabilidad han sido disminuidas[633]. 1815

Se cuestiona mucho este criterio con el argumento de que la concomitancia entre la agresión y el acto de defensa también constituyen un elemento de la legítima defensa, junto a la proporcionalidad de los medios. En consecuencia, el art. 21 puede ser aplicado. Esta opinión se justifica, en particular, si se tiene en cuenta la gran dificultad existente para distinguir, de manera objetiva, las dos formas de exceso[634]. Así, cómo diferenciar, el hecho de dar un solo golpe de puño violento del consistente en dar dos golpes medidos, 1816

632 Stratenwerth, 2005, § 10 N° 86; Lenckner/Perron, en Schönke/Schröder, 2006, § 33 N° 5; Rudolphi, en SK AT 1, § 33 N° 3; Roxin, 2006a, § 22 N° 75 ss.

633 Jescheck/Weigend, 1996, § 45 II, N° 4; Rudolphi, en AT 1, § 33 N° 2; Kühl, 2000, § 12 N° 141.

634 Jakobs, 1991, 20/31; Roxin, 2006a, § 22 N° 88.

pero uno de los cuales interviene ya concluida la agresión ilícita. Además, resulta poco conveniente, conforme a una política criminal coherente, distinguir esos dos casos, puesto que en ambos falta el apremio de satisfacer una necesidad de prevención general o especial.

1817 Un compromiso ha sido propuesto en el sentido de no atenuar la pena en el caso de la reacción prematura del agente ante una agresión aún no tangible, puesto que en esta circunstancia la legítima defensa nunca ha existido. Pero si hacerlo, en el caso del acto cometido una vez terminada la agresión porque el agente se encontraba, de verdad, en estado de legítima defensa y esto provocó el estado de ánimo que lo condujo al exceso, el que no es diferente del mismo que se da en el exceso intensivo.

1818 Esta diversidad de opiniones se explica de acuerdo con la manera como sea comprendida la existencia de la "agresión ilegítima". Si se interpreta de modo amplio, debe admitirse la atenuación de la pena en los dos casos de exceso, a condición de que la reacción excesiva esté de manera estrecha relacionada, física y cronológicamente, con el inicio o el fin de la agresión. En los demás supuestos, resulta más conveniente considerar la presencia de un error sobre las circunstancias materiales de la legítima defensa.

1819 En la denominada legítima defensa putativa: la agresión ilícita no existe en realidad. El agente actúa en consecuencia creyéndose, por error, atacado cuando en realidad no es así. Su comportamiento no está relacionado con un peligro inminente, simultáneo o recién terminado y, por lo tanto, no hay límites que pudieran ser sobrepasados. No hay legítima defensa y tampoco puede haber exceso. El autor del acto ilícito ha obrado incurriendo en un error relativo a un presupuesto de la legítima defensa (la existencia de la agresión).

1820 Según el § 33 del CP alemán no se castiga al agente que se ha excedido en la legitima defensa debido a trastorno *(Verwirrung)*, miedo *(Furcht)* o pánico *(Schrecken)*. Esta regulación de la legítima defensa como una causa de exculpación no ha sido seguida en nuestro código.

4. Miedo insuperable

a. Regulación legislativa

1821 Algunos de los casos comprendidos en el § 33 del CP alemán que venimos de citar pueden ser solucionados entre nosotros mediante la aplicación del

inc. 7, del art. 20. Se declara exento de responsabilidad al que "obra compelido por miedo insuperable de un mal igual o mayor".

Siguiendo el modelo español[635], se estableció en los Proyectos de 1990 (art. 25, inc. 7) y de 1991 (art. 20, inc. 7) una regulación idéntica a la prevista en la disposición vigente. De manera semejante, en el CP de 1924 (art. 85, inc. 3), se establecía que sería reprimido quien "obra [...] impulsado por amenaza de sufrir un mal inminente y grave" (coacción). En esta norma, se tenía en consideración también el estado de ánimo con que actuaba el agente. De manera un poco diferente, se estatuía en los Proyectos de 1984 (art. 27), 1985 (art. 30) y 1986 (art. 30) que si "el hecho es cometido bajo coacción irresistible [...] sólo es punible el autor de la coacción...". 1822

b. Índole de la circunstancia

Si el efecto del miedo se intensifica sobre la psiquis del agente, puede estimarse que afecta su capacidad personal para actuar conforme al derecho. Esta restricción de la capacidad provocaría la exclusión de la culpabilidad y, por tanto, de la pena. Esta interpretación llevaría a considerar el art. 20, inc. 7, como una disposición superflua, pues constituiría una reiteración de lo ya establecido en el inc. 1 de la misma disposición. 1823

El hecho que el autor deba actuar compelido por el miedo y que deba ponderar el bien que salva con referencia al que va a perjudicar, puede hacer pensar que se trata de una causa especial de justificación semejante a la legitima defensa o al estado de necesidad. La especificidad radicaría en la carencia de uno de los presupuestos de estas justificantes, lo que impediría la aplicación de las normas que las prevén. En este caso, estaría demás el art. 21 que regula las eximentes imperfectas como causas de atenuación de la represión. Se tendría que aceptar que el inc. 7 estaría destinado a regular la exculpación del exceso en la legítima defensa o en el estado de necesidad cuando sea producto de la perturbación causada por el miedo de sufrir el daño que implica la situación de peligro. 1824

Por el contrario, si se aprecia como noción autónoma, reconociendo que el legislador ha pensado en una circunstancia diferente a las otras previstas en la ley, y se tiene sobre todo en consideración el aspecto normativo que supone el no poder exigir al agente que actúe de manera diferente a como lo ha hecho, hay que afirmar que se trata más bien de una circunstancia de 1825

635 Colmenero, en Conde-Pumpido/López Barja de Quiroga, 2007, p. 228 ss.

exculpación. En el ámbito subjetivo no es correcto exigirle que debió haber actuado de otra manera. Resulta, por lo tanto, inoportuno reprocharle haber violado el orden jurídico –en la medida en que actúa excluyendo un ataque indebido mediante un acto dirigido a conservar el orden jurídico-, reproche que constituye la culpabilidad (la responsabilidad en el lenguaje del Código). El factor decisivo es la inexigibilidad, en la situación concreta, de no perjudicar a terceros.

c. *Presupuestos de la exculpación*

1826 Según la Corte Suprema[636] el "miedo insuperable es la causal por la cual se exime de responsabilidad penal al que actúa bajo el imperio del miedo de sufrir un mal igual o mayor, siempre que: a) el miedo sea causado por estímulos externos al que lo padece; b) debe ser insuperable; y, c) debe tratarse de un mal igual o mayor al que el autor ocasiona bajo el amparo del miedo".

1827 El término miedo significa, en primer lugar, perturbación angustiosa del ánimo por un riesgo o daño real o imaginario. Tomado en este sentido, se estaría interpretando la circunstancia excusable en la perspectiva de la capacidad personal para actuar culpablemente. Es decir, implicaría comprobar si se ha dado una perturbación de la consciencia, que de acuerdo a su intensidad determinaría la incapacidad o la capacidad relativa del agente. Esta interpretación no es la adecuada por cuanto, como lo hemos afirmado antes[637], el miedo insuperable constituye una eximente autónoma.

1828 En segundo lugar, recelo o aprensión que uno tiene que le suceda una cosa contraria a lo que desea. Sentido que debe ser asumido. Este estado de ánimo impide al agente decidirse con corrección ante la situación que lo provoca. En esta circunstancia, no es posible exigir al sujeto que se comporte de otra manera.

1829 Aspecto decisivo es que el agente actúe impulsado por el miedo. La ley dice compelido, expresión no muy afortunada por cuanto compeler significa obligar a alguien con fuerza o por autoridad, a que haga lo que no quiere. Lo que podría hacer pensar que el miedo debe ser provocado por una persona que amenaza al individuo que actúa contra el derecho. El vocablo impulsar permite comprender mejor en qué consiste la eximente si se le toma en el sentido figurado de promover, estimular una acción. El miedo

636 ES del 17 de junio de 1998, Exp. N° 1866-98, en ROJAS, 1999a, p. 155 ss.

637 Cfr. *supra* N° 1821 ss.

estimula, empuja al autor a tomar una decisión que no hubiera adoptado de no haber estado sometido a la presión circunstancial. En consecuencia, el agente debe representarse tanto el daño, como el peligro que éste implica para uno de sus bienes jurídicos. Este criterio es compartido por la Corte Suprema en una sentencia referida a un caso en que el acusado, en su condición de tesorero, fue amenazado con armas de fuego y obligado a entregar a sus agresores la suma de siete mil cuarenta nuevos soles de propiedad de una comunidad campesina. Según los jueces, "el acusado tenía motivos suficientes para temer teniendo en cuenta que sus atacantes eran cuatro personas encapuchadas, que pertenecían a Sendero Luminoso, a lo que se debe agregar que el lugar donde se produjo el hecho, había sufrido los embates de la indicada agrupación subversiva"[638].

d. Origen del miedo

El agente debe temer que uno de sus bienes jurídicos sea perjudicado. La posibilidad de que se concretice este mal es lo que provoca la aprensión o el recelo que le impide tomar la decisión adecuada. Ante el silencio de la ley, hay que admitir que puede tratarse de cualquier bien; aunque sería más fácil admitirlo cuando se trate de bienes personales de gran valor (p. ej., la vida o la integridad corporal en comparación al patrimonio). Dada la índole de la eximente, fundada sobre todo en la no exigibilidad, el mal no requiere ser siempre real. Es decir, que la persona concernida puede actuar atemorizada por un mal irreal, imaginado por ella misma en un contexto particular. Poco importa así mismo que sea originado por el comportamiento de un tercero o por fenómenos de la naturaleza. Por ejemplo, la persona que causa daños a la propiedad ajena para poder escapar de la muerte que teme que le puede causar un incendio; incendio que ha supuesto al percibir el humo intenso proveniente del piso inferior y causado por niños jugando a quemar papeles en el balcón. 1830

El miedo provocado por un acto licito (interpelación por un policía, pesquisa judicial) no puede dar lugar a la eximente. 1831

e. Miedo insuperable

El agente no puede sobreponerse a la presión motivadora del miedo y, por lo tanto, tampoco dejar de ejecutar bajo su influencia el comportamiento 1832

638 ES del 17 de junio de 1998, Exp. N° 1866-98, en ROJAS, 1999a, p. 155 ss.

ilícito, Así, el legislador ha establecido un parámetro objetivo para evitar una concepción demasiado subjetiva de la eximente. En este factor se percibe con claridad que la exculpación no se funda en la perturbación psíquica del agente, sino en el elemento normativo de que no se le puede exigir subjetivamente una conducta conforme al ordenamiento jurídico.

1833 Para determinar el carácter insuperable del miedo, no basta con recurrir al prototipo de una persona normal o media, sino que deben de tenerse en cuenta las circunstancias personales y materiales en que tuvo lugar el hecho. Esto se deduce de la situación de que el elemento en cuestión sea la culpabilidad del agente.

f. Ponderación de males

1834 El mal debe ser mayor o menor de acuerdo con la percepción que el agente, en comparación con una persona media, tenga del perjuicio que lo amenaza. No se trata, como en el caso de las causas de justificación, de una ponderación general de los bienes en conflicto, sino más bien de una apreciación según la vivencia de la situación concreta en la que se encuentra el agente. De esta manera, se evita desnaturalizar el carácter de causa de exculpación del miedo insuperable. Para evitar estas dificultades, en derecho comparado, se ha suprimido, por ejemplo, por el legislador español, este presupuesto de la eximente en análisis. De manera acertada, se considera que la eliminación de la ponderación de males, en la regulación legal de la eximente parece conveniente, debido a que esta referencia supone aumentar la índole objetiva de su contenido y límites que se colocaba más allá de lo necesario (referencia legal al carácter insuperable del miedo) para el lógico desenvolvimiento del juicio de exigibilidad subjetiva del comportamiento adecuado a la norma.

5. Error sobre las circunstancias materiales de las excusas absolutorias

1835 El autor, por error, estima que se beneficia de una circunstancia absolutoria. Su equivocación puede concernir al mismo fundamento de la excusa o sus límites legales. En el primer caso, la doctrina afirma de manera casi unánime que el error no tiene efectos en derecho penal. Los autores también son contestes en que, en el segundo caso, si el error es inevitable la culpabilidad es excluida, porque la coerción psíquica provocada, por el peligro supuesto,

es idéntica a la que existe en caso de peligro real, dando lugar efectivamente a una excusa absolutoria.

Por el contrario, se discute mucho, respecto a los efectos del error evitable sobre los límites legales de la excusa absolutoria. La doctrina se inclina, en gran parte, a favor del criterio que afirma que ese tipo de error excluye el dolo y que el autor, según las circunstancias, puede ser reprimido a título de culpa (art. 14, pf. 1). Sin embargo, resulta más adecuada la opinión opuesta, según la cual un error de este tipo no concierne al dolo, puesto que no se refiere a un elemento del tipo legal objetivo, sino al carácter ilícito del hecho. Por consiguiente, no debe aplicarse la teoría limitada de la culpabilidad, sino la regla relativa al error sobre el carácter ilícito del acto. De modo que la culpabilidad no es excluida, pero conforme a su intensidad la pena puede ser atenuada. 1836

§ 15 Responsabilidad penal de las personas jurídicas (*excursus*)

I. Introducción. II. Regulación normativa. 1. Introducción. 2. Código Penal de 1924. 3. Código Penal de 1991. III. Sistemas de responsabilidad. IV. Sistema de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas. V. Apreciación.

I. Introducción

Los cambios sociales y económicos de las sociedades contemporáneas han intensificado la discusión sobre la responsabilidad penal de los entes colectivos (empresas)[639]. De la manera cómo han surgido y desarrollado las principales formas de la delincuencia moderna (lavado de dinero, crimen organizado, infracciones económicas, tráfico de drogas, el crimen informático), resulta bastante fácil constatar la importancia que dichas colectividades (activas en las finanzas, comercio, industria, política), han tenido y tienen como instrumento o marco de dicha delincuencia por su especial organización y su peso social y político. De ahí se sigue que si en el mercado económico aparecen agentes cuya participación genera sucesos de relevancia penal, es indispensable recurrir al derecho penal, y no sólo al derecho administrativo sancionador, el cual resulta insuficiente por obedecer a criterios de oportunidad y utilidad para los intereses de la Administración pública[640]. 1837

Por la preeminencia reconocida a las calidades personales del individuo, en especial a su libertad y voluntad, se ha sostenido desde hace mucho que sólo la persona natural es sujeto de derecho penal, sujeto activo del delito[641]. En consecuencia, se niega este rol a las personas jurídicas (sociedades anónimas, fundaciones, cooperativas, etc.). Esto se pone de manifiesto en la afirmación constante del principio de culpabilidad, previsto en el art. VII utilizando el término responsabilidad. Esta supone, por ejemplo, la capacidad de culpabilidad (capacidad de comprender el carácter delictuoso del 1838

639 Tiedemann/De Dollder, 1996; Jakobs, 2002, p. 63; Bacigalupo, 1998, p. 41 ss., con una rica información bibliográfica; Meini, 1999b, p. 29; Zuñiga, 2009, p. 71 ss.; García Cavero, 2003, p. 662 ss.; Gracia Martín, 1996, p. 35 ss.

640 Cfr. Hirsch, 1993, p. 1112; Heine, 1996, p. 34.

641 Kenel, 1991, p. 264 ss.; Hafter, 1947, p. 71 ss.; Hurtado Pozo, 1996, p. 141 ss.

comportamiento y de determinarse según esta apreciación), la misma que es negada a los entes colectivos. Además, se les niega la posibilidad de aplicárseles las penas o medidas de seguridad previstas en el código.

1839 En esta perspectiva, se puede admitir como razonable que una sociedad anónima no quiere un hecho de la misma manera que una persona física. Así mismo, que es inimaginable que una persona jurídica pueda ser encerrada en la celda de una prisión. Sin embargo, cabe preguntarse cómo es que, por ejemplo, en las legislaciones de Inglaterra, E.E.U.U. y Holanda, desde hace tiempo, se consideran a las empresas penalmente responsables. Salvo que se estime que estas regulaciones legislativas son irracionales. Desde hace algunas décadas, la tendencia es más bien favorable a la tesis que atribuye responsabilidad penal a las personas jurídicas. En este sentido, han sido modificadas, por ejemplo, las legislaciones de Francia, Suiza, España[642].

1840 El objetivo evidente es luchar con eficacia contra determinados tipos de delincuencia: criminalidad organizada, delitos contra el medio ambiente, delitos económicos. En Alemania, se ha propuesto, por ejemplo, que las personas jurídicas sean sancionadas ellas mismas. El fundamento sería que actúan como las personas físicas mediante sus órganos administrativos y que el juicio de culpabilidad recae de inmediato sobre ellas ("modelo de imputación simple", *schlichtes Zurechnungsmodell*)[643]. También se ha propuesto considerar que las personas jurídicas colectivas tengan una culpabilidad propia en razón de su organización (*eigenes Organization Verschulden*)[644]. No está demás recordar que, con base en la teoría de Gierke sobre la personalidad real de la persona jurídica, se propugnó la responsabilidad penal de éstas afirmando que "quien puede concluir contratos, puede concluir también contratos fraudulentos o usurarios"[645] y que "el derecho dice quién es la referencia final de la imputación de una conducta y a quién debe hacerse responsable de una conducta contraria a las normas".

1841 Aceptar o rechazar este tipo de propuestas no depende de factores materiales como los señalados antes, sino de "si es justo, conveniente y coherente

642 Ver el número monográfico sobre la materia del Anuario de Derecho Penal, 1996; así como Heine, 2006, p. 163 ss.; Zuñiga Rodríguez, 2009, p. 126 ss.; Hurtado Pozo, José, 2001, p. 449 ss.; Pradel, 1992, p. 205 ss.

643 Schroth, 1993; Otto, 1993.

644 Tiedemann, 1993, p. 527.

645 von Liszt, 1908, 28/12, N° 3.

con los principios de la teoría de la responsabilidad que se acepte"[646]. Es pues un problema de política criminal, ya que siendo la responsabilidad penal una cuestión de orden normativo, bien puede convenirse bajo qué condiciones pueden considerarse penalmente responsables a las empresas. La enorme influencia que éstas ejercen en el ámbito social y económico, así como el hecho de que sean con frecuencia el ámbito y el medio propicio para la ejecución, en especial, de la criminalidad económica, hacen que la negación de su capacidad para cometer delitos sea más bien artificiosa. Atribuirles esta responsabilidad constituye, al mismo tiempo, un reto y una tarea urgente para los estudiosos de la dogmática penal. De esta manera, se lograrían además mayores garantías para todos los que pudieran ser afectados indirectamente en sus derechos por la aplicación de medidas represivas a las personas jurídicas, como es el caso con las leyes que prevén las denominadas "consecuencias accesorias de la represión" (p. ej., multas, anulación de la inscripción en el registro de las personas jurídicas, suspensión de actividades, entre otras).

Sin embargo, según los principios que rigen el sistema admitido en nues- 1842
tro ordenamiento penal, no es factible, de manera directa, responsabilizar penalmente las entidades colectivas y, en consecuencia, sancionarlas como delincuentes. Por esta razón, se ha adoptado la solución de imponerles unas sanciones denominadas «consecuencias accesorias», que, como su propio nombre lo indica, operarían como medidas sancionadoras contra las personas jurídicas, con independencia de las penas que corresponde aplicar a los autores materiales, por la comisión de delitos en el ejercicio de su actividad o por utilizar la organización para favorecer o encubrir el acto delictuoso (art. 105).

II. Regulación normativa

1. Introducción

La regulación actual se comprende si se tiene en cuenta los fundamentos 1843
del Código, que excluyen la responsabilidad penal de las entidades colectivas. En favor de esta concepción, se afirma, primero, que si bien los entes colectivas (personas jurídicas/empresas) pueden adquirir todos los derechos y asumir todas las obligaciones que no sean inseparables a la con-

646 Nino, 1980a, p. 414.

dición natural de la persona física, no pueden -por definición- actuar y, por lo tanto, son incapaces de cometer acciones relevantes para el derecho penal. Ellos sólo actúan por intermedio de sus órganos. Segundo, que los entes colectivas no pueden comportarse de manera culpable, debido a que por su propia naturaleza no poseen las capacidades síquicas de comprender el carácter ilícito del acto y de determinarse según esta apreciación, constitutivas de la imputabilidad, condición esencial de la culpabilidad. Y, tercero, que la pena se basa, según el art. VII, en la culpabilidad del autor y busca la prevención general y especial. De modo que la pena sólo se dirige a las personas físicas, únicas capaces de pensar, querer y sentir. Este no es el caso de las entidades colectivas.

2. Código Penal de 1924

1844 Esta concepción ha servido de base a todos los códigos penales peruanos. No obstante, ya en el CP de 1924 el legislador no pudo dejar de referirse, al menos de modo circunstancial, a los supuestos en que la persona jurídica se halla estrechamente relacionada con la infracción. Así, entre los delitos cometidos con ocasión de la quiebra de "una sociedad anónima o cooperativa", el CP de 1924 reprimía, en su art. 254, a título de quiebra fraudulenta, a "todo director, administrador o gerente de la sociedad o establecimiento fallido o contador o tenedor de libros, que hubiere cooperado a la ejecución de alguno de los actos a que se refieren los artículos anteriores". De esta forma, se consideraba a la empresa, en este particular delito, como marco en el cual sus miembros individuales habían actuado ilícitamente. Sin embargo, no se modificó el planteamiento legal en virtud del cual no se le consideraba autora responsable de la quiebra fraudulenta o culpable.

1845 Condicionado por la realidad económica y financiera, sin embargo, el legislador, en contra de los principios generales del Código, dictó disposiciones especiales en las que, al menos de manera formal, calificaba a las personas jurídicas como autoras de infracciones. Por ejemplo, en la Ley N° 16185, del 28 de junio de 1966, que regulaba la represión del delito de contrabando. En su art. 9, se dispuso que "las personas jurídicas o los comerciantes que, en el ejercicio de sus actividades, incurran en la comisión de los delitos a que se refiere esta ley, además de las sanciones que correspondan en forma personal a los ejecutores directos o indirectos de los delitos, serán sancionados, según los casos, con la cancelación en los registros públicos de la personería jurídica de que gocen y de las licencias, patentes u otras autorizaciones administrativas o municipales de que disfruten". La pena

aplicable a las personas jurídicas consistía en cancelar su inscripción en los registros públicos, lo que significaba en realidad su disolución, medida de claro corte punitivo.

3. Código Penal de 1991

El mismo criterio se encuentra en la base del Código. La utilización de la fórmula tradicional "el que..." para referirse al autor del comportamiento delictuoso, en las disposiciones de la parte especial, significa que se piensa en la persona natural y no en la persona jurídica. Esto es así aún respecto a los tipos legales que, por la índole de los delitos y la manera de describirlos, se refieren a actividades con frecuencia realizadas por entes colectivos (arts. 232 ss.) y al orden financiero y monetario (arts. 244 ss.). En la compleja realidad económica actual, este tipo de actividades, más que la obra de una persona individual, constituye la concretización de una política económica y financiera decidida y ejecutada conforme a directivas establecidas de modo colectivo. Esta condición y la estructura compleja de las grandes empresas hacen muy difícil identificar la o las personas individuales que han abusado de un poder económico que, en realidad, es un poder colectivo. Si a esto se agregan las dificultades para probar, en esas circunstancias, la culpabilidad individual de las personas naturales en cuestión es fácil dudar de la eficacia del derecho penal para reprimir y evitar ese tipo de comportamientos. 1846

En relación con la legislación vigente, se puede objetar que resulta contradictorio reconocer, en derecho civil y administrativo, al ente colectivo como un actor real de la vida económica y jurídica y no hacerlo en derecho penal Además, no es tampoco claro, que se le impongan sanciones administrativas, así mismo que se admita que percibe dichas sanciones como castigo con efecto disuasivo y, al mismo tiempo, se le considere incapaz de hacerlo respecto a la pena[647]. 1847

En favor de la admisión de la responsabilidad penal de los entes colectivos, se ha argumentado que en las empresas los centros de decisión y de responsabilidad se diversifican, lo que dificulta la identificación del sujeto individual responsable, lo cual, por ende, dificulta también la imputación de la responsabilidad penal[648]. Del mismo modo, se habla de una "irres- 1848

647 Meini, 1999a, p. 128; cfr. Castillo Alva, 1999b, p. A-44 ss.; Caro Coria, 2002, p. 516 ss.

648 Zugaldía, 1980, p. 83 ss., Silva Sánchez, 1995, p. 363, Martínez-Buján, p. 233; Meini, 1999b, p. 150 ss.

ponsabilidad organizada", fundada en parte en carencias o deficiencias de organización que pueden deberse a las acciones u omisiones propias a las mismas estructuras de la persona jurídica. También se arguye la "actitud criminal colectiva", que denota la escasa resistencia que tienen quienes están obligados a obedecer en un sistema jerarquizado, lo que determina que se actúe de modo altruista en interés de la misma colectividad[649], cuando objetivamente se realiza una conducta prohibida por el derecho penal.

III. Sistemas de responsabilidad

1849 Las diversas propuestas para regular la responsabilidad de los entes colectivos se pueden agrupar, *grosso modo*, por un lado, en aquellas que los hacen directamente responsable por el delito que se ha cometido por su intermedio o en el ejercicio de sus actividades y, por otro, las que hacen derivar su responsabilidad de la responsabilidad de uno de sus miembros en la comisión del delito concreto. Ejemplo de las primeras es el sistema jurídico anglosajón[650], en el cual, a pesar de que la responsabilidad penal de los entes colectivos se basa en el criterio de identificar a la empresa con el autor individual del delito, la responsabilidad del ente es independiente y autónoma de la de sus miembros. El sistema francés[651], por el contrario, se inscribe en el segundo grupo. Fundada en la idea de la "*criminalité d'emprunt*" (la empresa toma prestada la responsabilidad del agente singular), la responsabilidad penal de las personas jurídicas se construye sobre la base de un modelo de atribución normativo y teñido de consideraciones político-criminales[652].

1850 La propensión a atribuir responsabilidad penal a los entes colectivos gana cada vez más terreno. Diversos son los países europeos, además de Inglaterra y Francia, que la han regulado en sus legislaciones penales, destacando Holanda, Suecia, Noruega, Portugal, España. La Unión Europea impulsa esta tendencia teniendo en cuenta las necesidades de proteger el buen funcionamiento de sus instituciones. Así, por ejemplo, es favorable a esta represión en los ámbitos de fraudes al presupuesto comunitario,

649 SCHÜNEMANN, 1988, p. 529, 533; idem, 1995, p. 571 ss.; MILITELLO, 1995, p. 411; TERRADILLOS, 1995, p. 39.

650 OTTLEY, 1982, p. 148 ss.; PARISI, 1984, p. 46; LEIGH, 1969.

651 PRADEL, 2003, N° 527 ss.; idem, 1995, p. 190 ss.; BORRICAND, 1981, p. 143; DELMAS-MARTY/GUYON, 1993, p. 227 ss.

652 RUSCONI, 1996, p. 178.

concursos y subastas públicas, así como en el de corrupción, blanqueo de capitales, receptación y, sobre todo, en el de asociaciones ilícitas. Similar fundamento y orientación tienen las recomendaciones 12 y 18 del Comité de Ministros del Consejo de Europa; la Recomendación N° 13° del XIII Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal sobre "El concepto y los principios fundamentales del Derecho Penal Económico y de la Empresa", celebrado en El Cairo, en 1984; la propuesta efectuada por la Asociación Internacional de Derecho Internacional con motivo de su XV Congreso Internacional, celebrado en Río de Janeiro, del 5 al 10 de setiembre de 1994; y, el art. 14 del *Corpus Iuris*.

IV. Sistema de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas

El Código, al igual que otros códigos sustantivos contemporáneos, ha regulado en sus arts. 102 a 105 las llamadas "consecuencias accesorias". De estos preceptos, el art. 104 (pérdida de ganancias de la persona jurídica) y el art. 105 (medidas aplicables directamente sobre la persona jurídica) son los que atañen a la responsabilidad penal de los entes colectivos[653]. 1851

El art. 104 prevé, en sentido estricto, un aseguramiento subsidiario de la reparación civil que se habrá de fijar como consecuencia de la comisión de delitos realizados, en el ejercicio de su actividad, por parte de los funcionarios o dependientes de la persona jurídica. Para tal efecto, el juez decretará la privación de los beneficios obtenidos por ésta, fijándola hasta en un monto que sea suficiente para cubrir la parte de la reparación civil que sus funcionarios o dependientes no pudieren cubrir con bienes propios. 1852

Según el art. 105, si el hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, se le aplicarán todas o algunas de las medidas siguientes: la clausura de sus locales o establecimientos (inc. 1), la disolución y liquidación (inc. 2), la suspensión de las actividades (inc. 3), la prohibición de realizar actividades de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito (inc. 4). 1853

También las "consecuencias accesorias" se encuentran previstas en determinadas leyes penales especiales. Tal es el caso del art. 17 del DLeg N° 1854

653 Cfr. *infra* el Capítulo § 29.

813, del 20 de abril 1996 (Ley Penal Tributaria) y del art. 11 de la Ley N° 28008, del 19 de junio de 2003 (Ley de los Delitos Aduaneros). Hay que señalar, igualmente, que el art. 11 del DLeg N° 637, del 09 de diciembre de 1996 (Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros) prohíbe a toda "persona natural o jurídica" la realización de actividades en este dominio sin autorización "otorgada de acuerdo con esta ley", disponiéndose que "se presume que una persona natural o jurídica incurre en las infracciones reseñadas cuando cuenta con un local en el que, de cualquier manera, se invite al público a entregar dinero a cualquier título, o al cual se haga publicidad por cualquier medio con el mismo propósito". De acuerdo con este precepto, las personas jurídicas son consideradas como autoras materiales de las infracciones previstas en el art. 21, pf. 1, disponiendo que "quienes infrinjan la prohibición [...] serán sancionados con arreglo al art. 246".

1855 Esta última disposición conmina el delito de "intermediación financiera no autorizada" con pena privativa de la libertad y multa, por lo que cabe cuestionarse si se ha querido reprimir sólo a las personas individuales autoras y violadoras directas de la prohibición o también a la persona jurídica toda vez que no es posible imponer una pena privativa de libertad a una organización, motivo por el que sólo se les infligiría la multa. Aún podría sostenerse que, en tanto la pena de multa puede ser convertida, al amparo del art. 56, en una pena privativa de la libertad, limitativa de derechos o de prestación de servicios a la comunidad, tampoco podría aplicarse a los entes colectivos.

V. Apreciación

1856 La manera como las personas en general, los juristas y hasta los legisladores se refieren a diario a la responsabilidad de los entes colectivos debe llevar a preguntarnos, como lo han hecho repetidamente diversos autores y en diferentes latitudes, si es coherente la forma de tratarla en la actualidad en derecho penal.

1857 No es extraño, por ejemplo, que se reproche a una empresa industrial haber contaminado un río o un lago y considerar que debe reparar los daños causados. De este modo, se le tiene por "culpable" por el perjuicio personal o social originado por sus actividades. Esto significa que existe una percepción social, manifestada en el lenguaje, de que las decisiones del ente colectivo y, por lo tanto, los actos cometidos por sus miembros individuales,

se originan en el ejercicio de un poder difuso específico que le es propio. Poder que, además, es el producto de las estructuras de su organización. En consecuencia, la culpabilidad de los miembros individuales no se confunde con la de la persona jurídica.

En el ámbito penal señalemos la incongruencia en que se incurre al imponer multas administrativas a las personas jurídicas -que en nada se diferencia de la multa prevista en el Código-, además de prever que cometen delitos y, al mismo tiempo, reprimir al autor material. Asimismo, denunciar, perseguir, sancionar a los entes colectivos como tales, en base a leyes como la referente a los derechos de autor, y no hacerlo cuando se trata de infracciones penales bastante análogas a algunas reguladas en normas penales comunes[654]. 1858

La realidad socio-económica, diversa y compleja, que caracteriza al mundo actual impone cierta flexibilidad de los sistemas conceptuales para lograr mayor eficacia en la protección de los bienes jurídicos y de los derechos fundamentales de las personas. Por esto, quizás sea mejor responder de manera unificada a los innumerables problemas que plantean los entes colectivos, privados o públicos, en la vida de la comunidad. Sobre todo respecto a las grandes y complejas entidades que ejercen una influencia decisiva en la vida económica de la sociedad y, en particular, en los supuestos de grupos de empresas, cuyas actividades constituyen procesos muy tecnificados y organizados. 1859

Aun en los casos en que, debido a la organización simple de la empresa y a su dimensión relativamente pequeña, se pueda llegar a identificar al responsable material del delito, el problema de la responsabilidad penal del ente colectivo subsiste. La admisión de esta responsabilidad no tiene la finalidad de dejar en la impunidad a los autores individuales. Por el contrario, se trata de una responsabilidad directa y propia del ente que no tiene por qué excluir la imputación de la responsabilidad penal a las personas naturales que hagan parte de sus órganos de dirección. 1860

Las objeciones formuladas contra el reconocimiento de la responsabilidad penal propia de las personas jurídicas constituyen la expresión de una concepción específica de la persona humana. Ésta es percibida como el ser humano natural, poseedor de capacidades físicas y psíquicas determinadas. Por lo tanto, es la única que tiene la capacidad de actuar, la capacidad de 1861

654 Cfr. art. 123 de la Ley N° 13714, del 31 de octubre de 1961.

comprender lo que hace u omite y, en consecuencia, la única que puede ser culpable. Por las mismas razones, sólo ella puede ser, por ejemplo, condenada a una pena privativa de la libertad.

1862 Sin embargo, en derecho privado no se niega, recurriendo a la misma concepción, que la persona jurídica tenga la capacidad de actuar (suscribir contratos), la capacidad de responder por los perjuicios causados (indemnización por actos ilícitos: incumplimiento de contrato), la capacidad para soportar sanciones civiles (inhabilitación para efectuar ciertas actividades). La persona jurídica es tratada de la misma manera que la persona individual en la atribución de derechos y obligaciones, a pesar de que no se trata de un ser humano, una persona natural. ¿Significa esto que en derecho civil el ser humano no es considerado de la misma manera como lo es en derecho penal?

1863 La respuesta sólo puede ser negativa. El ser humano está en el centro de todo el derecho, por el simple hecho de que él es quien lo crea y, al mismo tiempo, es su finalidad en última instancia. El sujeto de derecho o persona no se identifica con el ser humano. Dicho con más propiedad, la noción de sujeto de derecho o persona no es igual a la noción de ser humano. Admitir lo contrario implicaría que se estuvieran confundiendo dos planos diferentes: el del mundo natural con el "mundo" normativo del derecho. Capacidad de actuar o capacidad de culpabilidad son nociones jurídicas que no deben ser confundidas con las aptitudes físicas, psíquicas e intelectuales del ser humano. Estas capacidades naturales del ser humano no constituyen la razón de la imputación, sino más bien el sentido que les reconoce el sistema jurídico. Cuando no se respeta esta distinción, el concepto jurídico de persona es erróneo y empíricamente falso[655]; porque los seres humanos capaces mentalmente pueden no ser considerados como personas por el derecho (los esclavos y los extranjeros no eran personas para el derecho romano[656]) y, al contrario, se puede considerar personas a entes que no son seres humanos (las personas jurídicas son el ejemplo por excelencia).

1864 La noción de sujeto de derecho o persona es de índole convencional. Mediante ella, el legislador califica determinados seres humanos, atribuyéndoles deberes y obligaciones bajo ciertas condiciones. De esta manera, establece las condiciones bajo las cuales se debe determinar quién debe ser

655 Tamayo y Salmoran, 1998, p. 304.

656 Grzegorczyk, 1990, p. 208.

considerado como el sujeto, por ejemplo, del derecho de poseer, comprar, suscribir contratos, ejercer la patria potestad o de la obligación de indemnizar al perjudicado, de alimentar a un menor de edad. De manera figurada, se puede decir que el derecho atribuye (a través de las normas) los diversos papeles que pueden asumir determinados seres humanos (los actores)[657]. Los términos sujeto de derecho o persona son usados de manera paradigmática en el sentido de personaje: una personificación, un papel representado por un actor. Personaje al que se considera filosóficamente, desde el Siglo de las Luces, como sujeto dotado de razón y voluntad libre. Pero este personaje, sujeto de derecho o persona, no debe ser confundido con el sujeto físico (de carne y hueso). Sólo existe en tanto que forma o manera de percibir jurídicamente la realidad y es, consecuencia, irreducible al mundo extra jurídico[658].

El ser humano, concebido a partir del Siglo de las Luces como centro del universo y señor absoluto de lo que crea, es responsable de sus acciones tanto ante él mismo, como ante los demás (tan libres como él mismo). Así, la voluntad es considerada como factor esencial de la responsabilidad de todo ser libre. En este contexto, se definirá la personalidad como la posibilidad subjetiva de la voluntad jurídica; llegándose de este modo a concebir al "hombre" como titular de "derechos subjetivos"[659]. 1865

Esto no significa que se ignore la relación existente entre sujeto de derecho o persona y ser humano; sin embargo cuando se utilizan las expresiones sujeto de derecho o persona en el discurso jurídico no se hace con la finalidad de designar directamente a un ser humano; sino más bien para referirse a éste con relación a su conducta regulada por el derecho. 1866

En el contexto normativo del derecho, se comprende sin dificultad que se considere como personas o sujetos de derecho a las agrupaciones de individuos (y aún a cosas como un patrimonio: masa hereditaria); siempre y cuando no se crea que se les otorga dicha calificación en razón a sus características humanas. Se trata de una calificación jurídica y no de una propiedad natural. Así, se puede decir, de manera general, que "persona", en sentido jurídico, es aquel "algo" al que se atribuyen "derechos" y "deberes" por las normas jurídicas[660]. El efecto práctico es que los derechos, obligaciones 1867

657 Grzegorczyk, 1989, p. 12.

658 Grzegorczyk, 1990, p. 231.

659 Tamayo y Salmoran, 1998, p. 304.

660 Larenz, 1966, p. 92.

y facultades concernidos serán tratados de modo unitario. La agrupación o persona colectiva (persona jurídica), de la misma forma que el sujeto de derecho o persona con respecto al ser humano, está relacionada con los individuos que la conforman; sin embargo tampoco puede ser identificada con éstos. Cuando se dice que la persona colectiva está obligada a pagar una multa fiscal, esto quiere decir, conforme a la regulación normativa vigente, por un lado, que uno de sus miembros individuales incurrió en una conducta determinada y, por otro, que dicho incumplimiento es atribuido a la persona jurídica.

1868 Debido a la presencia real de las personas colectivas, en sociedades muy complejas y tecnificadas como las modernas, es también comprensible que se plantee la cuestión de la responsabilidad ética y social de la empresa como tal. Su marcada influencia tanto en el desarrollo técnico como económico es determinante en la creación de situaciones y relaciones riesgosas (p. ej., en el mercado financiero o el medio ambiente), además de que constituye un hecho fundamental para delimitar el papel social que desempeñan. En cuanto a la responsabilidad social[661], se trata de superar el criterio tradicional orientado hacia la rentabilidad y ganancia para comprender a la empresa en su complejidad, considerando todos los factores que la conciernen en la perspectiva de la organización. En este sentido, se dice que la responsabilidad social implica, por un lado, conducir su actividad a un ámbito donde ésta sea congruente con las normas, los valores y las expectativas sociales vigentes. Por otro, comprende el desarrollo de procesos de estructuración de toma de decisiones por medio de los cuales y de acuerdo con una información incompleta, quienes las adoptan colectivamente anticipan, responden y gestionan todas las ramificaciones de la política y de las prácticas de organización[662]. Estos esfuerzos para determinar la responsabilidad social de la empresa, persona colectiva, suponen concebirla normativamente como una persona diferente a la de sus miembros individuales. El objetivo, entonces, es fijar bajo qué condiciones se la considera responsable socialmente y en qué consiste esta responsabilidad.

1869 Si se tiene en cuenta la manera cómo se concibe a la persona en el derecho, en general y, en particular, en el derecho civil, no resulta claro el porqué debe ser considerada inaplicable este criterio en el derecho penal. Lo mismo puede decirse respecto al derecho administrativo, en el que se trata a la

661 Cfr. Ricoeur, 1991, p. 285 ss.

662 Lozano, p. 105 ss.

persona jurídica como sujeto pasible de sanciones represivas. El sujeto de derecho en materia penal, tanto como sujeto activo del delito como sujeto pasivo de las sanciones penales, es también determinado por la forma en que el legislador establece las condiciones para punir y como define los comportamientos delictuosos en particular. La dogmática penal no tiene cómo objeto especificar en qué consiste en realidad el delito (hecho social), ni cómo es el ser humano delincuente. No existen delitos naturales, ni delincuentes natos. Se trata de categorías normativas determinadas por la regulación legislativa penal.

La cuestión se reduce, en consecuencia, en determinar si hay que atribuir 1870
o no responsabilidad penal a las personas jurídicas y, en caso de respuesta afirmativa, de qué manera y con qué amplitud hacerlo. Como lo muestra la evolución actual de las legislaciones penales, estas cuestiones corresponden al ámbito de la política criminal y, de manera más amplia, a la política general del Estado[663]. Si se tiene en cuenta que desde hace decenios, en el derecho anglosajón, se responsabiliza penalmente a las personas jurídicas, resulta difícil sostener que el dogma de la responsabilidad penal individual constituye un obstáculo insuperable. No se trata de una verdad absoluta y su admisión también depende de los criterios de política criminal que se acepten. Esto no implica atribuir al Estado un poder absoluto para reprimir, puesto que las soluciones que se adopten deben conformarse de acuerdo con los criterios de proporcionalidad y subsidiaridad del derecho penal. Además, siendo el derecho penal la *ultima ratio* en el sistema de control social, el reconocimiento de la responsabilidad penal de los entes colectivos debe estar acompañado por la renovación y el perfeccionamiento de las medidas de económicas y jurídicas en el ámbito civil y administrativo.

663 Robert, 1985, p. 125 ss.; Heine, 1996, p. 211 ss.; Roth, 1997, p. 352 ss.; Lütolf, 1997, p. 98 ss., 245 ss., 273 ss.; Delmas-Marty/Guyon, 1993, p. 227 ss.

ÍNDICE DE MATERIAS

Las cifras indicadas corresponden a los números de los párrafos del libro.

–A–

Aberratio ictus, 1287 ss., 2324.

Acción, 1030 ss; acto automático interiorizado, 1032, 1037, 1083; ausencia, 1079 ss.; causales de extinción de la ... penal, 3081 ss.; ... civil, 3197, 3201, 3219; criterios para determinar la ... en sentido natural, 2406, en sentido jurídico, 2407; desvalor del resultado y de la ..., 72 ss.; discusiones dogmáticas sobre la..., 1034 ss., 1068 ss.; en delito continuado, 2470 ss., 2480 ss.; típica, 1121 ss.; en delitos de comisión culposa, 1894 ss.; omisión de la ... esperada, 1959; fuerza física irresistible, 1079 ss.; movimientos reflejos, 1082 ss.; naturaleza de la ... como circunstancia genérica, 2825; noción causal o natural, 1034 ss.; noción finalista, 1039 ss.; noción funcional, 1064 ss.; noción negativa, 1061 ss.; noción personal, 1057 ss.; noción social, 1051 ss.; pluralidad de... en concurso real de delitos, 2442 ss.; prescripción de la ... penal, 3126 ss.; terminología en CP, 1074; unidad de... respecto a la omisión y la culpa, 2419 ss.

Actio libera in causa, 1085, 1488, 1691 ss.

Actuar en lugar de otro, 2379 ss.; actuación de derecho o de hecho, 2385 ss.; campo de aplicación, 2382 ss.; participación en el ..., 2388; realización del tipo legal, 2387 ss..

Antijuricidad, 1370 ss.; carácter objetivo de la..., 1379 ss.; causas de justificación, 1384 ss.; ... e ilicitud, 1370 ss.; elementos subjetivos de las causas de justificación, 1390 ss.; formal y material, 1374 ss.; fundamento de las causas de justificación, monista y pluralista, 1381, 1385 ss.

Aplicación de la ley penal en relación con las personas, 918 ss.; congresistas, 926 ss.; Contralor General, 936; Defensor del Pueblo, 935; Embajadores, 939; Fiscal de la Nación y Fiscales supremos, 933; Fuerzas Armadas extranjeras, 943; Jefes de Estado extranjeros, 937; Magistrados del Tribunal Constitucional, 934; menores, 944 ss.; militares, 953 ss.; Ministros de Estado, 931; Presidente de la República, 929; privilegios establecidos en derecho internacional, 937 ss.; privilegios fijados en derecho público interno, 923 ss.; Vocales de Corte Suprema, 932.

Aplicación de la ley penal en el espacio, 586 ss.; actos de participación, 661 ss.; agente nacional, 688 ss.; derecho penal internacional, 586 ss.; excepciones al principio de extraterritorialidad, 778 ss.; extradición, 700, 719 ss.; identidad de normas, 693 ss.; jurisdicción y competencia, 597 ss.; funcionario que delinque en el extranjero, 773 ss.; lugar de comisión de la infracción, 630 ss.; misiones diplomáticas, 641; ley penal extranjera, 754 ss.; principio de competencia real, 667 ss.; principio de la administración de justicia por representación, 714 ss.; principio de la competencia universal, 705 ss.; principio de personalidad activa, 678 ss.; principio de personalidad pasiva, 701 ss.; principio del pabellón o matrícula, 642 ss.; principio real o de defensa, 610, 644, 669 ss., 702, 774, 779; principio de territorialidad, 609, 614 ss.; principio de ubicuidad, 352, 611, 633 ss., 675, 839; sentencias extranjeras, 764 ss.; territorio, 621 ss.

Aplicación de la ley penal en el tiempo, 786 ss.; abrogación, 827; cambio de jurisprudencia, 909 ss.; concurso real, 916; cosa juzgada, 856 ss.; derogación y desuso, 789 ss.; irretroactividad, 801 ss.; ley más favorable, 825 ss., 841 ss., 861, 876; ley y tiempo, 786 ss.; leyes correctoras, 816; leyes en blanco, 815; leyes intermedias, 893; leyes interpretativas, 816.; leyes procesales, 820, 894 ss.; leyes sobre ejecución de sanciones, 889; leyes temporales y excepcionales, 890 ss.; medidas de seguridad, 874 ss., 878 ss.; modificaciones de la ley, 847, 856, 883 ss.; modificación de sentencia, 864 ss., 870 ss.; momento de realización del delito, 837 ss.; prescripción, 903 ss.; principio de combinación de leyes, 828 ss.; retroactividad, 822 ss.; *tempus regit actum*, 796 ss., 822, 842.

Autoría, 2238 ss.; actuar en lugar de otro, 2379 ss.; autor incapaz de culpabilidad, 2241; ... causal o accesoria, 2285 ss.; criterio de violación del deber, 2236; criterio formal objetivo, 2223; criterio material objetivo, 2224; criterio subjetivo, 2225 ss.; error sobre el dominio del hecho, 2262 ss.; ... mediata, 2242 ss.; ... mediata en virtud de error, 2249 ss.; ... mediata en virtud de coacción, 2247 ss.; ... mediata en virtud de aparatos organizados de poder, 2255 ss.; regula-

ción legal de la ..., 2243 ss.; teoría del dominio del hecho, 2231 ss.; ... y delitos culposos, 2268; ... y delitos de propia mano, 2264 ss.; ... y delitos especiales, 2266 ss.

–B–

Bien jurídico, abandono de la noción de..., 44 ss.; conflicto de..., 1505; como categoría sistemática, 38; como vigencia de la norma, 49; en el estado de necesidad, 1472 ss.; en la legítima defensa, 1418 ss.; fin de la norma, 38 ss.; marco constitucional, 54 ss.; necesidad de la noción, 58 ss.; noción positivista, 36; nocividad social, 47; preeminencia del ... salvado, 1476; violación, 34; ... y antijuricidad material, 1376 ss.; ... y carácter fragmentario del derecho penal, 111; ... y delitos de peligro, 2022; ... y delito imposible, 2171; ... y desvalor de la acción y del resultado, 72; ... y noción de moral, 41 ss., 66 ss.; ... y tipo legal, 1092.

–C–

Capacidad de culpabilidad (imputabilidad), capacidad penal, límite cronológico, 1652 ss.; evolución legislativa nacional, 1629 ss.; generalidades, 1656 ss; menores de edad, 1625 ss.; según el Código penal de 1863, 1629 ss.; según el Código penal de 1924, 1634 ss.; situación actual legislativa, 1643 ss.

Causales de extinción de la acción penal y de la pena, 3081 ss.; amnistía, 3100 ss.; colaboración eficaz, 3123 ss.; cosa juzgada, 3105 ss.; cumplimiento de la pena, 3117 ss.; derecho de gracia, 3102 ss.; desistimiento y transacción, 3110 ss.; exención de pena, 3122 ss.; indulto, 3114; muerte, 3098 ss.; perdón del ofendido, 3119 ss.; prescripción, 3126 ss.

Causalidad, alternativa o doble, 1146; como base, 1171 ss.; teorías, 1147 ss.; adecuada, 1154 ss.; condición conforme a las leyes naturales, 1171; criterio de la relevancia, 1159; e imputación, 1139 ss.; equivalencia de las condiciones, 1147 ss.; hipotética, 1146; prohibición de regreso, 1182.

Coautoría, 2270 ss.; autoría causal o accesoria, 2285 ss.; circunstancias materiales y personales, 2287; circunstancias particulares, 2282 ss.; condiciones personales, 2280; contribución propia, 2279; decisión común de cometer la infracción, 2273 ss.; dominio común del hecho, 2278; imputación del hecho punible, 2281; tentativa e instigación en la ..., 2294 ss.; ... y autoría mediata por dominio organizativo, 2257; ... y jurisprudencia, 2292.

Complicidad, 2330 ss.; *animus socii*, 2226 ss.; diferencia con coautores, 2332 ss., 2277; dolo de..., 2352 ss.; noción, 2330; causalidad de la..., 2338 ss.; intelectual, 2336 ss.; en delitos especiales, 2351; fijación de la pena, 2369 ss.; fundamento de represión de la..., 2356 ss.; hecho punible principal, 2335; intención, 2352 ss.; momento de la intervención del cómplice, 2341 ss.; ... primaria y secundaria, 2208, 2275, 2359 ss.; por omisión, 2349 ss.; principio de accesoriedad, 2301 ss.; prestar auxilio o asistencia, 2336; tentativa de complicidad, 2347 ss.; ... y autoría mediata por dominio organizativo, 2257; ... y determinación judicial de la pena, 2831; ... y lugar de comisión del delito, 661 ss.; ... y responsabilidad por el hecho propio, 2297, 2299; ... y solidaridad de la reparación civil, 3187.

Comunidades campesinas, 4 ss.; rondas y acuerdo plenario, 184, 261 ss., 355; ... y derecho consuetudinario, 13, 252, 373, 378, 389, 1522; ... y pluriculturalismo, 208 ss., 1670.

Concurso aparente de leyes, noción, 2499 ss.; actos anteriores o posteriores impunes, 2527 ss.; definición, 2499 ss.; principio de alternatividad, 2509 ss.; principio de consunción, 2530 ss.; principio de especialidad, 2516 ss.; principio de identidad, 2508 ss.; principio de subsidiaridad, 2524 ss.; principios para resolver concurso aparente, 2505 ss.; y jurisprudencia, 2534 ss.

Concurso de leyes y delitos, 2389 ss.; acción en sentido jurídico, 2407 ss.; acción en sentido natural, 2406; concurso aparente de leyes, 2499 ss.; concurso ideal de delitos, 2422 ss.; concurso real de delitos, 2440 ss.; concurso real retrospectivo, 2451 ss.; criterios para determinar unidad y pluralidad de acción, 2406 ss.; delito continuado, 2459 ss.; legislación nacional y sus fuentes, 2392 ss., 2433 ss.; terminología y concepto de acción, 2400 ss.; unidad de acción en caso de omisión y culpa, 2419 ss.; unidad y pluralidad de acción, 2400 ss.; y jurisprudencia, 2534 ss.

Concurso ideal de delitos, 2422 ss.; concurso homogéneo, 2428; fijación de la pena, 2430 ss.; legislación nacional sobre la fijación de pena, 2433 ss.; legislación y doctrina extranjeras sobre la fijación de pena, 2430 ss.; relaciones con concursos aparente de leyes y real de delitos, 2424; unidad de acción y pluralidad de leyes violadas, 2426; ... y determinación judicial de la pena, 2855 ss.

Concurso real de delitos, 2440 ss.; fijación de la pena, 2447 ss.; noción, 2440; pluralidad de acciones, 2442; concurso real de faltas, 2861 ss.; concurso real homogéneo y heterogéneo, 2445; principio de la absorción y de la acumulación de penas, 2447 ss.; ... y aplicación de la ley en el tiempo, 916; ... y determinación judicial de la pena, 2857 ss.

Concurso real retrospectivo, 2451 ss.; fijación de la pena, 2456 ss.; noción, 2451, principio de absorción y acumulación, 2455; ... y determinación judicial de la pena, 2859 ss.

Consecuencias accesorias, 1851 ss., 3221 ss; comiso, 3271 ss.; como medidas cautelares, 3302 ss.; clases de...; 3246 ss.; naturaleza jurídica, 3235 ss.; pérdida de ganancias de la persona jurídica, 3268 ss.; reglas de aplicación, 3253 ss.; ... y acuerdo plenario, 3313 ss.

Consentimiento, 1304 ss.; acuerdo y ..., 1320 ss.; capacidad para consentir, 1338 ss.; contenido del ..., 1350; derechos irrenunciables, 1327 ss.; disponibilidad del bien jurídico, 1330 ss.; exclusión de la tipicidad, 1351 ss.; fundamentos, 1307 ss.; gestión de negocios sin mandato, 1364; legislación extranjera, 1306 ss.; legislación nacional, 1305; libertad para consentir, 1357; manifestación del ..., 1344 ss.; momento para consentir, 1348 ss.; ... presunto, 1358 ss.; requisitos, 1330 ss.

Criminología, 155 ss.; biología criminal, 158 ss.; concepciones criminológicas mixtas, 170 ss.; psicología criminal, 168 ss.; sociología criminal, 161 ss.; teoría de la estigmatización, 171 ss.

Culpabilidad, 1589 ss.; capacidad de ..., 1623 ss.; causas eximentes o atenuantes, 1723; co-culpabilidad o culpabilidad parcial, 1594 ss.; concepción normativa de culpabilidad, 1607 ss.; concepción psicológica de culpabilidad, 1603 ss.; concepción psicológico-normativa de culpabilidad, 1605 ss.; exclusión de la ..., 1795 ss.; explicación funcional de la ..., 1615 ss.; impugnación de la ..., 1610 ss.; juicio comparativo de índole social, 1595; noción de ..., 1603 ss.; libre arbitrio, 84, 101, 1610 ss., 1656; y preterintencionalidad, 1600; personas jurídicas, 1838, 1843; principio de ..., 413, 1129, 1838, 2299; principio no pena sin ..., 1598 ss.; regulación legislativa, 1594 ss.; ... y responsabilidad, 1589 ss.

–D–

Delito(s), 28 ss.; acumulativos, 1135; alternativos, 1135; básicos, 1136; calificados, 1136; continuado, 848; ... complejos, 1134; comunes, 1130; culposos, 1129, 1871 ss.; de dominio, 1137; de estado; 1133; de infracción de un deber, 1137; de lesión y de peligro, 1126 ss.; de propia mano, 1130, 1131; de pura actividad, 1122; de resultado, 1123 ss.; de una sola acción, 1135; en sentido formal y material, 28 ss.; en sentido natural, 31 ss.;; especiales (*delictum propium*), 1130; instantáneo y aplicación de ley en el tiempo, 852; lugar de comisión (ley en el espacio), 661 ss.; noción, 411 ss.; noción francesa, 1017 ss.; objeto

del delito, 1120 ss.; omisión dolosos, 1946 ss.; permanente, 1133; permanente o continuo y aplicación de ley en el tiempo, 848, 1133; privilegiados, 1136; proceso ejecutivo (*iter críminis*), 2060 ss.; político (hechos conexos), 673 ss., 711, 720, 779, 783 ss.; preterintencionales, 1129; putativo, 2184; residuales, 1132; sexuales, 484; simples, 1134; tentado y agotado, 2123; teoría del delito, 986 ss.; momento de comisión (ley en el tiempo), 786 ss; ... y moral, 66 ss.

Delito continuado, 2459 ss.; carácter normativo del..., 2461 ss.; elementos del ..., 2470 ss.; e irretroactividad de la ley penal, 809; fijación de la pena, 2495 ss.; identidad de resolución criminal, 2487 ss.; pluralidad de acciones, 2470; pluralidad de violaciones de la misma ley u otra de similar naturaleza, 2473 ss.; realización de las acciones en momentos diversos, 2480 ss.; regulación legislativa del..., 2467 ss.; ... y amnistía, 3101; ... y cómputo de la prescripción, 3140; ... y delito de omisión, 2486; ... y determinación judicial de la pena, 2869; ... y jurisprudencia, 2546 ss.; ... y modificación de la ley en la ejecución del delito, 848 ss.

Delitos culposos, 1871 ss.; ámbito de protección del tipo legal, 1912 ss.; autor en ..., 1893; culpa con representación y culpa sin representación, 1920 ss.; culpabilidad, 1931 ss.; ... de comisión, 1892 ss.; evolución legislativa, 1876 ss.; ilicitud, 1928 ss.; individualización de la determinación de la culpa, 1916 ss.; evolución de la doctrina, 1880 ss.; noción unitaria de la culpa, 1881; participación, 1938 ss.; peligro no permitido, 1898 ss.; principio de confianza, 1908 ss.; sistemática del..., 1888 ss.; tentativa, 1937; tipo legal objetivo, 1892 ss.; tipo legal subjetivo, 1914 ss.

Delitos de omisión dolosos, 1946 ss.; comisión y omisión, 1948 ss.; culpabilidad, 2020; delitos de omisión impropia, 1962 ss.; delitos de omisión propia, 1955 ss.; ilicitud, 2019; tipo legal objetivo, 1955, 1970 ss.; nociones de omisión propia e impropia, 1946, 1947; participación, 2018; tentativa, 2017; tipo legal subjetivo, 2012 ss.

Delitos de omisión impropia, 1962 ss.; causalidad e imputación objetiva, 1973 ss.; causalidad hipotética, 1975; contrato (fuente del deber), 1995; comportamiento peligroso (fuente del deber), 1996; deber de garante, 1980 ss.; equivalencia de la omisión a la realización del tipo mediante comisión, 2008 ss.; ley (fuente del deber), 1990; noción, 1963 ss.; regulación legislativa, 1962, 1966 ss.; otras fuentes del deber, 2005 ss.; tipo legal objetivo, 1970 ss.

Delitos de omisión propia, 1955 ss.; autor, 1956; deber de actuar, 1957; omisión de la acción esperada, 1959; posibilidad de que el autor ejecute el comportamiento exigido, 1960 ss.; tipo legal objetivo, 1955.

Delitos de peligro, 2022 ss.; clases, 2042 ss.; concepción restringida de peligro, 2032 ss.; criterio amplio de peligro, 2038; delitos de desobediencia, 2032; e imputación objetiva, 2030, 2044, ; noción de peligro, 2030 ss.; peligro abstracto, 2046 ss.; peligro concreto, 2044; peligro colectivo, 2054 ss.; peligro presunto, 2051; principio de lesividad, 2043; ... y reparación civil, 3184.

Delito imposible, 2166 ss.; aspecto objetivo (comienzo de la ejecución), 2170; aspecto subjetivo (error de tipo al revés), 2169; consumación imposible, 2171; criterio del defecto del tipo legal, 2173; delito putativo, 2184 ss.; falta de ilicitud, 2191; inidoneidad de la acción, 2166; imposibilidad por sujeto activo inapropiado, 2187 ss.; peligrosidad de la acción, 2177; regulación legislativa, 2166; tentativa irreal o supersticiosa, 2179 ss.; ... y jurisprudencia, 2182 ss.

Derecho, como lenguaje, 474 ss.; de corrección, 1537; de huelga, 1540; a la insurgencia, 1542; disciplinario, 124 ss.; ejercicio legítimo de un..., 1528 ss.; ... internacional penal, 586.

Derecho penal, administrativo, 116 ss.; carácter fragmentario, 106; carácter secundario, 106; ciencia del... en Alemania, Francia, 140; ... de menores, 944 ss.; ... del enemigo, 199 ss.; parte especial, 26 ss.; extranjero, factores de recepción en el Perú, 291 ss.; evolución de las concepciones legislativas, 243 ss.; formal, 23 ss.; parte general, 26 ss.; ... internacional, 586 ss.; internacional, función, 588 ss.; ... internacional, principios, 603; material, 23 ss., 599; ... internacional, privilegios establecidos, 923 ss.; *ius puniendi*, 14, 588, 2997, 3087, 3128; límites, 106 ss.; ... formal o procesal penal (distinción de reglas), 23 ss., 599; ... militar, 953 ss.; ... objetivo, 12 ss.; ... peruano, evolución, 207 ss.; relación con derecho administrativo, 115; relación con derecho disciplinario, 124 ss.; simbólico, 108, 2053, 2570, 2584, 2626; ... subjetivo, 12 ss; ... sustantivo, 12 ss.; pluralismo, 231 ss.; pluralismo y legislación penal, 252 ss.; terminología, 8 ss.; ... y poder, 18.

Desistimiento, 2127 ss.; abandono de la ejecución del delito, 2134 ss.; circunstancia personal de impunidad, 2129; confesión sincera (arrepentimiento), 2162 ss.; fundamentos de la impunidad, 2152 ss.; impedir la producción del resultado (arrepentimiento activo), 2136 ss.; jurisprudencia, 2164 ss.; momento del desistimiento, 2158; motivos éticos irrelevantes, 2151; no consumación del delito, 2139 ss.; reparación del daño, 2162; tentativa acabada e inacabada, 2130 ss.; tentativa fracasada, 2158 ss.; voluntariedad del...(*motu propio*), 2143 ss.

Determinación judicial de la pena, 2799 ss.; concepto, 2799; condiciones personales, 2836; confesión sincera, 2834; ... de multa, 2805; edad, educación, situación económica y medio social, 2832; etapas de la ..., 2802 ss.; extensión

del daño, 2828; importancia de los deberes infringidos, 2827; medios empleados, 2826; móviles y fines, 2830; naturaleza de la acción, 2825; pluralidad de agentes, 2831; reincidencia, habitualidad y..., 2837 ss.; reparación espontánea del daño, 2833; tiempo, lugar, modo y ocasión, 2829; ... y circunstancias genéricas, 2821 ss.; ... y circunstancias modificatorias de la responsabilidad, 2806 ss.; ... y concurso de delitos, 2854 ss.; ... y proceso penal, 2865 ss.

Dogmática penal, 139 ss.; ciencia del derecho penal, 140; funciones, 149.

Dolo, 1208 ss.; ... de conjunto y continuado, 2488 ss.; directo de primer grado, 1235 ss.; directo de segundo grado, 1238 ss.; dolo eventual, 1241 ss.; dolo eventual y culpa consciente, 1252 ss.; *dolus generalis*, 1296 ss.; elementos subjetivos, 1216 ss.; formas de ... en relación con el momento de la decisión, 1259 ss.; hipótesis posibles respecto al dolo directo, 1255 ss.; prioridad al elemento intelectual en dolo el eventual, 1242; prioridad al elemento volitivo en dolo eventual, 1247 ss.; *subsequens*, 1259; *superveniens*, 1261; teoría del..., 1561, 1755, 1764, 1769; teoría limitada del..., 1765.

–E–

Ejercicio legítimo de un cargo u oficio, 1566 ss., cargo, 1571 ss.; conformidad al orden jurídico y proporcionalidad, 1574; médicos, 1582; oficio, 1579 ss.; preponderancia de ejercer el cargo, 1576.

Error de comprensión culturalmente condicionado, 344, 1699 ss.; jurisprudencia, 1719; ... y exención de pena, 2969.

Error de prohibición, 1740 ss.; error de hecho y de derecho, 1752 ss.; error invencible, 1785 ss.; error *juris nocet*, 1743 ss.; error sobre las circunstancias materiales de una causa de justificación, 1777 ss.; exclusión de la culpabilidad, 1795 ss.; formas de error (directo e indirecto), 1766; modelo alemán importado, 1761 ss.; objeto del error, 1770; principio "no hay pena sin culpabilidad", 1755, 1793; regulación legislativa, 1758 ss.; teoría de la culpabilidad, 1766, 1769, 1783; teoría limitada de la culpabilidad, 1778; teoría del dolo, 1755, 1764, 1769; teoría limitada del dolo, 1765; teoría de la culpabilidad estricta, 1779.

Error de tipo, 1262 ss., 1781; carácter inevitable, 1279; conciencia de la relación de causalidad, 1283; *in obiecto*, 1300 ss.; error de tipo al revés (en delito imposible), 2169; objeto, 1269 ss.; vencible e invencible, 1279 ss.; ... y *aberratio ictus*, 1287 ss.; ... y *dolus generalis*, 1296 ss.; ... y error de prohibición, 1265; ... y error culturalmente condicionado, 1704; ... y teoría de los elementos negativos del tipo, 1778.

Estado de necesidad justificante, 1455 ss.; actualidad del peligro, 1467; bienes jurídicos protegidos, 1472 ss.; bienes en conflicto de la misma persona, 1484 ss.; casos particulares, 1501 ss.; conflicto de deberes, 1505 ss.; deber de soportar el peligro, 1490 ss.; distinción con la legítima defensa, 1461 ss.; elemento subjetivo, 1504; fundamento de la regulación alemana, 1456, 1495; imposibilidad de evitar el peligro, 1469 ss.; indisponibilidad del bien en peligro, 1362; peligro, 1464 ss.; medio adecuado, 1494 ss.; peligro creado por el agente, 1484 ss.; preeminencia de bien salvado, 1476 ss.; proporcionalidad, 1472 ss.; ... putativo, 1513.

Estado de necesidad exculpante, 1802 ss.; distinción con el estado de necesidad justificante, 1460, 1805; evolución legislativa, 1802 ss.; presupuestos del ..., 1804 ss.; restricción a la exculpación, 1810 ss.

Evolución del derecho penal peruano, 207 ss.; conflicto cultural y conquista española, 215 ss., 221 ss.; Código Penal de la Confederación Perú-boliviana, 266 ss.; Código Penal de 1863, 268 ss.; Código Penal de 1924, 297 ss.; Código Penal de 1991, 333 ss.; legislación penal de 1924 a 1979, 310 ss.; legislación penal de 1991 a 2003, 346 ss.; legislación penal de 2004 a 2010, 349 ss.; proyecto Vidaurre, 264 ss.; sentencias y acuerdos plenarios vinculantes, 350 ss.; ... y pluralidad cultural y pluralismo, 208 ss., 231 ss., 252 ss.

Exclusión de la culpabilidad, 1795 ss.; bienes jurídicos, 1797 ss.; error sobre las circunstancias materiales de las excusas absolutorias, 1835 ss.; estado de necesidad exculpante, 1802 ss.; evolución legislativa, 1802; exceso en la legítima defensa, 1812 ss.; exigibilidad de un comportamiento, 1802, 1811; miedo insuperable, 1821 ss.; origen del miedo, 1830 ss.; ponderación del mal en caso del miedo insuperable, 1834 ss.; presupuestos del estado de necesidad exculpatorio, 1804 ss.; presupuestos del miedo insuperable, 1826 ss.; restricciones, 1810 ss.

Extradición, 719 ss.; ... anticipada o abreviada, 731, 750; aplicación de la ley penal extranjera, 754 ss.; aplicación de sentencias extranjeras, 764 ss.; concurrencia de ..., 734, 753; ... condicionada o restringida, 729; detención y entrega de personas, 753; ... diferida o temporal, 733; formas especiales de..., 728; improcedencia, 738 ss.; noción y clases, 719 ss.; principio de especialidad, 723; principio de prioridad de los tratados internacionales, 724; principio de reciprocidad, 725; procedimiento, 726, 749; reextradición, 735, 750; regulación, 743 ss.; revocatoria de la ..., 741, 752.

–I–

Imputabilidad (capacidad de culpabilidad), 1623 ss.; *actio libera in causa*, 1691 ss.; ancianos, 1738 ss.; anomalía psíquica, 1677 ss.; autodeterminación del autor, 1660 ss., 1683; causas de disminución de..., 1730; grave alteración de la conciencia, 1683 ss.; condición previa de la culpabilidad, 1656; enfermedad mental, 1664, 1677 ss.; error de comprensión, 1668, 1701 ss.; dudas sobre el estado mental del agente, 1686, 1695 ss.; evolución legislativa, 1629; fórmula mixta (o biopsicológica), 1663 ss.; imputabilidad disminuida, 1720 ss.; imputabilidad y cultura, 1668 ss., 1699 ss.; incoherencias del Código de los niños y adolescentes, 1643 ss.; jóvenes delincuentes, 1655, 1732 ss.; menores de edad, 1625 ss.; noción de imputabilidad, 1672 ss.; alteraciones en la percepción, 1663 ss.; responsabilidad social, 1662.

Imputación objetiva, 1139 ss.; causalidad como base, 1171; cursos causales anómalos, 1174; disminución del riesgo, 1192; doble causalidad, 1194; en sentido restringido y en sentido amplio, 1167 ss.; e *indubio pro reo*, 1196 ss.; fuentes de peligro diversas, 1195; intervención culpable de la víctima, 1186, 1193; respecto a delitos de peligro, 1199 ss.; interrupción del curso causal, 1175 ss.; principio de confianza, 1190, 1204, 1908 ss., 1910 ss., 1986; principio general, 1178; prohibición de regreso, 1182 ss., 1204; relación de causalidad, 1139 ss.; realización del riesgo no permitido, 1191 ss.; responsabilidad del agente por creación de peligro, 1185 ss.; teoría, 1202; ... y funcionalismo, 1010 ss., 1015; ... y rol social, 1204.

Instigación, 2308 ss.; agente provocador, 2329; ausencia de tipicidad de la ... culposa, 1938; ausencia de tipicidad de la ... omisiva, 2818; casos especiales, 2320; consumación y tentativa, 2326 ss.; en cadena, 2316, 2318; en caso de varias personas, 2318 ss.; ... en la coautoría, 2294 ss.; evolución legislativa, 2308; intención, 2316; jurisprudencia, 2315; límites de responsabilidad del instigador, 2323 ss.; medios utilizados, 2312 ss.; noción, 2309 ss.; *omnimodo facturus*, 2311; solidaridad del pago de la reparación civil, 3187; ... y lugar de comisión del delito, 664; ... y momento de realización del delito, 845; ... y autoría mediata por dominio organizativo, 2257; ... y lugar de comisión del delito, 661 ss.; ... y responsabilidad por el hecho propio, 2297, 2299; ... y solidaridad de la reparación civil, 3187.

Interpretación, 467 ss.; auténtica, 484; concepción objetiva, 502; concepción subjetiva, 498; criterio mixto, 506; declarativa, restrictiva o extensiva, 566 ss.; espíritu de la norma, 547, 556; *in claris non fit interpretatio*, 485; jerarquía de los métodos de..., 563 ss.; lenguaje científico, 496; límites, 571 ss.; metas, 498

ss.; métodos de..., 515 ss.; método literal o gramatical, 519 ss.; método histórico, 548 ss.; método sistemático, 538 ss.; método teleológico, 552 ss.; negativa (prohibición de interpretar), 488; necesidad, 484; noción, 478; vinculación del juez a la ley, 467 ss.; ... y analogía, 573 ss.; ... y reducción teleológica, 585.

–L–

Legítima defensa, 1395 ss.; agentes estatales, 1439; agresión ilegítima, 1403 ss.; bienes jurídicos protegidos, 1418 ss.; casos particulares, 1438; deberes especiales del amenazado, 1404, 1438; exceso en la legítima defensa, 1406, 1440, ss.; falta de provocación suficiente, 1441 ss.; ilicitud de agresión, 1407 ss.; inminencia o actualidad de agresión, 1411 ss.; legítima defensa presunta, 1451 ss.; legítima defensa de terceros, 1447 ss.; necesidad de la..., 1425 ss.; racionalidad, en general, 1429 ss.; sistema alemán, 1436 ss.; voluntad de defenderse, 1446; ... y jurisprudencia, 1404.

Ley penal, aplicación en el espacio, 586 ss.; aplicación en el tiempo, 786 ss.; aplicación en relación con las personas, 918 ss.; desuso y derogación, 789 ss.; en blanco, 815, 1268; favorabilidad, 825, 861, 876; fuente del derecho penal, 387; interpretación, 467 ss.; irretroactividad, 801 ss.; ley extranjera, aplicación, 754 ss.; leyes de ejecución penal, 889; leyes intermedias, 893; leyes interpretativas y correctoras, 816; leyes procesales, 820, 894 ss.; leyes temporales y excepcionales, 890 ss.; más favorable, 825; modificación en sentido general, 812 ss.; modificación durante la ejecución del delito, 847 ss.; modificación de ley y cosa juzgada, 856; modificación referente a penas y medidas de seguridad, 874, 878 ss.; modificación de la ... y prescripción de la acción penal y de la pena, 903 ss.; noción, 387 ss.; principio de la combinación de leyes favorables, 828; retroactividad en momento de la sentencia, 909 ss.; vinculación del juez, 467 ss.

–M–

Medidas alternativas a la pena privativa de libertad, 2888 ss.; clasificación, 2901 ss.; concepto, 2894 ss.; conversión de penas, 2783, 2918 ss.; exención de pena, 2962 ss.; fijación de reglas de conducta, 2935 ss.; reconversión de penas, 2924; reserva del fallo condenatorio, 2950 ss.; revocatoria de la conversión, 2923; suspensión de la ejecución de la pena, 2928 ss.; sustitución de penas, 2909 ss.; ... y jurisprudencia vinculante, 2973 ss.; ... y rehabilitación, 2975 ss.

Medidas de seguridad, 101 ss.; analogía, 573; aplicación conjunta con las penas, 3046 ss.; aspectos procesales, 3055 ss.; certeza en su determinación, 447 ss.;

definición, 2993; evolución legislativa, 3002 ss., 3023 ss., 3052 ss.; internación, 3026 ss.; naturaleza jurídica, 2996 ss.; origen, 2989 ss.; proceso de seguridad, 3055 ss., 3062 ss.; tratamiento ambulatorio, 3031 ss.; ... y leyes de ejecución penal, 883 ss.; ... y modificación de la ley, 874 ss.; ... y principio de legalidad penal, 447 ss., 875 ss.; ... y retroactividad, 878 ss.

Miedo insuperable, 1821 ss.; índole de la circunstancia, 1823 ss.; no superación del miedo, 1832; origen del miedo, 1830; ponderación de males, 1834; presupuestos de la exculpación, 1826 ss.; regulación legislativa, 1821.

–O–

Orden obligatoria de autoridad competente, cumplimiento, 1543 ss.; ámbito civil, 1543 ss.; ámbito militar, 1554 ss.; deber de cumplir órdenes ilícitas, 1553, 1554; mandato ilícito, 1561; notoriedad de la ilicitud del mandato, 1554, 1564; obligatoriedad, 1548, 1552; relación jerárquica, 1547, 1557; ... y disposición de la ley, 1545 ss.; límite de la obediencia, 1549.

–P–

Participación delictiva, 2204 ss.; agente provocador, 2329; ausencia de tipicidad culposa de la ..., 1939, 2335; autoria, 2238 ss.; autoria mediata, 2242 ss.; coautoria, 2270 ss.; complicidad, 2330 ss.; criterios diferenciadores respecto a la autoría, 2020 ss.; criterio formal objetivo, 2223; criterio material objetivo, 2224; criterio objetivo, 2222 ss.; criterio subjetivo, 2225 ss.; criterio de violación de deberes, 2236 ss.; ... en el actuar en lugar de otro, 2388 ss.; en delitos omisivos, 2018; formas de participación, 2297 ss.; instigación, 2308; participación *stricto sensu*, 2297 ss.; principio de accesoriedad de la ..., 2301 ss.; regulación de la participación, 2212; teoría del dominio del hecho, 2231 ss.; ... y lugar de comisión del delito, 661 ss.; ... y solidaridad de la reparación civil, 3187.

Participación necesaria, 2210 ss.; ... impropia, 2210; ... propia, 2211; ... y complicidad necesaria, 2356.

Pena(s), 76 ss.; 2568 ss.; conmutación, 2700, 2850, 2895, 2918, 2926, 3160; conversión de la pena de multa en privativa de libertad, 2783 ss.; conversión de la pena de vigilancia electrónica, 2927; ... de expulsión de extranjeros, 2604 ss.; ... de inhabilitación, 2735 ss.; ... de limitación de días libres, 2709 ss.; ... de multa, 2767 ss.; ... de prestación de servicios a la comunidad, 2639 ss.; determinación judicial de la ...., 2799 ss.; ... de vigilancia electrónica, 2567,

2793 ss.; fijación en caso de concurso real retrospectivo, 2456 ss.; fijación en delito continuado, 2495; principio de acumulación (*quot delicta tot poenas*), 2447 ss.; ... privativas de libertad, 2568 ss.; ... restrictivas de libertad, 2595 ss.; teorías absolutas, 78 ss.; teorías relativas, 82 ss.; teorías mixtas, 89 ss.; ... limitativas de derechos, 2610 ss.

Personas jurídicas, 1837 ss.; consecuencias accesorias aplicables a las..., 1842, 1851 ss., 3221 ss.; pérdida de beneficios y ganancias, 3268 ss.; responsabilidad penal de las..., 1837 ss.; *societas delinquere non potest*, 3274; ... y acuerdo plenario, 355; ... y concepto penal de acción, 1030 ss.; ... y criminalidad organizada, 1840; ... y nuevo código procesal penal, 3280 ss.; ... y sistemas de responsabilidad, 1849 ss.

Política criminal, contenido, 130 ss.; reforma penal, 137; relación con el derecho penal, 136; relación con la criminología, 155 ss.; ... y dogmática penal, 139 ss.; ... y realidad social, 179 ss.

Prescripción, 3126 ss.; cómputo, 3138 ss.; duplicación y reducción del plazo de la..., 3136, 3145; en caso de concursos, 3135 ss.; en caso de faltas, 3137; extraordinaria, 3130; ordinaria, 3129, 3143; renuncia a la..., 3134; suspensión de la ..., 3132 ss.; ... y jurisprudencia vinculante, 3142 ss.

Principio(s), de administración de justicia por representación, 714 ss.; ... de accesoriedad, 2301 ss.; de alternatividad, en concurso aparente de leyes, 2509; de certeza en la elaboración de la ley penal, 420 ss., 439, 447; ... de combinación de leyes favorables, 828; ... de competencia real, 667 ss.; ... de competencia de reemplazo o de sustitución, 705 ss.; ... de competencia universal, 603, 705 ss., 714; ... de consunción (en concurso aparente de leyes), 2530 ss.; ... de culpabilidad, 413, 1129, 1838, 2299; ... de especialidad (en concurso aparente de leyes), 2511, 2516 ss., 2536; ... de especialidad (en extradición), 723, 737; ... de igualdad de las personas, 918 ss., 1916; ... del derecho penal internacional, 603 ss.; ... de la extradición, 723 ss.;... de la democracia, 358; ... de la separación de los poderes, 358; ... de legalidad, orígenes, 362 ss.; ... de legalidad, fundamentos, 357 ss., 379 ss.; ; de legalidad y prohibición de analogía, 576;... de lesividad, 1377, 2022, 2043 ss., 2171; ... de paso inocente, 627; ... de personalidad activa, 678 ss.; ... de personalidad pasiva, 701 ss.; ... de prioridad de los tratados internacionales (en extradición), 724; ... de reciprocidad (en extradición), 725; ... de reemplazo, 705, 714; ... de subsidiaridad (en concurso aparente de leyes), 2524 ss.; ... de territorialidad, 603, 609 ss., 614 ss., 640, 664, 675, 680, ; ... de territorialidad, fuentes y límites, 614 ss.; ... de nacionalidad de la aeronave (teoría del pabellón), 642 ss.; principio de ubicuidad,

352, 611, 633 ss., 675, 839; ... de *ultima ratio*, 109, 121, 1381, 1469, 1773, 1870; ... del *versari in re illicita*, 1599; ... del *ius puniendi*, 14, 588, 2997, 3087, 3128; *in dubio pro reo*, 189, 800, 1129, 1132, 1196, 2937; *nullum crimen, nulla poena sine lege*, 362, 386, 758, 414 ss.; *nullum vectigal sine lege*, 359; *punitur quia peccatum est*, 78; real o de defensa, 773 ss.

Privilegios en derecho internacional, embajadores y ministros plenipotenciarios (privilegios en derecho internacional), 939; Fuerzas Armadas extranjeras, 943; jefes de estado extranjeros, 937.

Proceso ejecutivo del delito, 2060 ss.; abandono de la ejecución, 2134 ss.; actos preparatorios, 2068 ss.; consumación, 2114 ss.; delito imposible, 2166 ss.; desistimiento, 2127 ss.; etapas del iter criminis, 2062 ss.; nociones, 2060 ss.; tentativa, 2079 ss.; regulación de la pena, 2194 ss.

Prohibición de regreso (*Regressverbot*), 1150, 1182, 1198, 2349.

Sistema de penas, y Código penal de 1863, 2549 ss.; ... y Código penal de 1924, 2552 ss.; ... y Código penal de 1991, 2563 ss.

Reparación civil, 3174 ss.; derecho de resarcimiento de la víctima, 3149 ss.; e indulto, 3116; ... en la jurisprudencia, 3209 ss.; ... de terceros, 3197; ... de indemnización, 3175, 3178 ss.; ... impuesta como regla de conducta, 2943, 2958, 2974; naturaleza jurídica, 3152 ss.; responsabilidad solidaria, 3186 ss.; ... de restitución, 3173, 3176; subsistencia de la acción civil mientras no prescriba la acción penal, 3200 ss.; transmisión por herencia, 3191 ss.; ... y consecuencias accesorias contra las personas jurídicas, 1852; ... y delitos de peligro, 352; ... y eximentes de responsabilidad penal, 3203 ss.; ... y nulidad de transferencias, 3194 ss.; ... y retención de la remuneración del condenado, 3198 ss.

–T–

Tentativa, 2079 ss.; abandono de la ejecución, 2134 ss.; comienzo de la ejecución, 2100 ss.; criterio formal objetivo (punibilidad), 2102; criterio material objetivo (punibilidad), 2080, 2104; criterio mixto (punibilidad), 2084; criterio subjetivo (punibilidad), 2082; desistirse de ejecutar e impedir la consumación, 2127 ss.; elementos, 2093 ss.; criterios mixtos, 2084; elemento objetivo 2100 ss.; elemento subjetivo, 2094 ss.; delito imposible, 2166 ss.; desobediencia de la norma, 2086; fundamentos de la impunidad de actos preparatorios, 2071; e instigación en la coautoría, 2294 ss.; fundamentos de la punibilidad de la ..., 2079 ss.; idoneidad de la acción, 2120 ss.; impedir resultado, 2136 ss.; no realización de la consumación, 2113 ss.; sistemas legales de pena, 2194 ss.;

tentativa acabada e inacabada, 2130 ss.; tentativa de participación, 2181; tentativa de complicidad, 2347; tentativa fracasada, 2158 ss.; tentativa irreal, o supersticiosa, 2179 ss.; regulación legislativa, 2127; reparación espontánea del daño, 2162; voluntariedad en la..., 2143; ... y consumación de la instigación, 2326; ... y delito agotado, 2123.

Teoría(s), de la acción, 1034 ss.; de la autoría delictiva, 2220 ss.; de la causalidad y de la imputación objetiva, 1147 ss., 1154 ss., 1159 ss., 1161 ss.; del delito, 986 ss.; del pabellón, 642; del riesgo agravado, 1944; de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, 2255 ss.; de la estigmatización, 171 ss.; de la inadaptación social diferencial, 170; de la subcultura criminal, 165; de la pena, 76 ss., 2568 ss.; de los bienes escasos en la participación, 2362 ss.; del contrato social, 366; del dominio del hecho (participación), 2231 ss.; de los elementos negativos del tipo, 1102 ss.; egológica del derecho, 382; ubicuidad, resultado, acción (lugar de comisión del delito), 633 ss.

Teoría del delito (como teoría de la infracción), 986 ss.; clásica, 990 ss.; concepción francesa, 1017 ss.; e influencias doctrinarias, 1026 ss.; finalista, 1000 ss.; funcionalista, 1008 ss.; neoclásica, 996 ss.; origen y evolución, 990 ss.

Tipicidad, 1086 ss.; *aberratio ictus*, 1287 ss.; acción típica, 1121 ss.; antijuricidad (*ratio congnoscendi y ratio essendi*), 1095 ss.; causalidad adecuada, 1154; condición conforme a las leyes de la naturaleza, 1171; consciencia de causalidad, 1041; creación de riesgo no permitido, 1178 ss.; delitos de peligro e imputación objetiva, 1199 ss., 2044; dolo, 1208 ss.; dolo directo de primer grado, 1235 ss.; dolo directo de segundo grado, 1238 ss.; dolo eventual, 1241 ss.; dolo eventual y culpa consciente, 1252 ss.; *dolus generalis*, 1296 ss.; dolo *subsequens*, 1259; dolo *superveniens*, 1261; elementos descriptivos, 1111; elementos normativos, 1113 ss.; equivalencia de condiciones, 1147 ss., 1201; error de tipo, 1262 ss.; error de tipo vencible e invencible, 1279 ss.; error *in obiecto*, 1300 ss.; imputación objetiva, 1161 ss.; objeto del delito, 1120; realización del riesgo no permitido, 1191 ss.; relación de causalidad, 1139 ss.; relevancia del suceso causal, 1159; riesgo prohibido por la norma, 1198; sujeto activo, 1117 ss.; teoría de los elementos negativos del tipo, 1102 ss.; tipo legal, 1086 ss.; tipo legal, bien jurídico y norma, 1092 ss.; tipo legal de garantía, 411; tipo legal, objetivo, 1107 ss.; tipo legal subjetivo, 1205 ss.; ... y antijuridicidad, 1095 ss.

Tipo legal objetivo, 1107 ss.; acción típica, 1121 ss.; ... de los delitos de omisión impropia, 1970 ss.; ... de los delitos de omisión propia, 1955 ss.; elementos descriptivos, 1111; elementos normativos, 1113; en delitos de comisión cul-

posa, 1892 ss.; objeto del delito, 1120; relación de causalidad e imputación objetiva, 1139 ss.; sujeto activo, 1117 ss.;.

Tipo legal subjetivo, 1205 ss.; dolo directo de primer grado, 1235 ss.; dolo directo de segundo grado, 1238 ss.; dolo eventual, 1241 ss.; dolo eventual y culpa consciente, 1252 ss.; *dolus generalis*, 1296 ss.; dolo *subsequens*, 1259; dolo *superveniens*, 1261; elementos subjetivos, 1216 ss.; en delitos de comisión culposa, 1914 ss.; en delitos de omisión dolosos, 2012 ss.; error de tipo, 1262 ss.; error de tipo vencible e invencible, 1279 ss.; error *in obiecto*, 1300; noción, 1205 ss.

–U–

Ubicuidad, principio, 611, 633 ss., 675; ... y lugar de comisión del delito, 630 ss.; ... y momento de realización del delito, 839 ss.

Ultima ratio, principio, 109, 121; ... y carácter objetivo de la antijuridicidad, 1381; ... y estado de necesidad justificante, 1469; ... y error de prohibición, 1773; ... y responsabilidad penal de las personas jurídicas, 1870.

–V–

Versari in re illicita, principio, 1599.

Este libro se terminó de imprimir en el mes de agosto
del año 2011, en los talleres gráficos de IDEMSA
Calle Gabriel Delgado N° 540, Cercado. Lima-Perú (RUC 20100556953)