Nelson Salazar Sánchez
(Director)

Comentarios al Código Penal peruano

Parte General

Tomo II
§§ 20 - 46-E

66 DESTACADOS JURISTAS
EXTRANJEROS Y NACIONALES
COMENTAN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

GACETA JURIDICA
Av. Angamos Oeste Nº 526, Urb. Miraflores
Miraflores, Lima - Perú / ☎(01) 710-8900
www.gacetajuridica.com.pe

COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL PERUANO
Parte General

Tomo II

© Gaceta Jurídica S.A.
© Fernando Andrade Fernandes / Miguel Ángel Boldova Pasamar / Jorge Cabrera Guirao / Aldo Calcina Hancco / Concepción Carmona Salgado / María Camila Correa Flórez / Merly Edquén Olivera / Susan Gamarra Blondet / Percy García Cavero / María del Carmen Gómez Rivero / Ulises Hernández Plasencia / Carmen López Peregrín / Diana Gisella Milla Vásquez / Isabel Monserrat Sánchez / César Paredes Vargas / Esteban Pérez Alonso / Nora Giovanna Quinteros Camacho / Madelaine Reyes Gastelú / Roxanna Reyes Tello / Nakin Cristian Rojas Montoya / David Rosales Artica / Eduardo Saad-Diniz / Nelson Salazar Sánchez / Percy Velásquez Delgado / Roger Yon Ruesta

Director:
Nelson Salazar Sánchez

Primera edición: octubre 2019
2150 ejemplares
Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú
2019-03927
ISBN Obra completa: 978-612-311-657-6
ISBN Tomo II: 978-612-311-659-0
Registro de proyecto editorial
31501221900309

Prohibida su reproducción total o parcial
D.Leg. N° 822

Diagramación de carátula: Karinna Aguilar Zegarra
Diagramación de interiores: Karinna Aguilar Zegarra

GACETA JURÍDICA S.A.
AV. ANGAMOS OESTE N° 526, URB. MIRAFLORES
MIRAFLORES, LIMA - PERÚ
CENTRAL TELEFÓNICA: (01) 710-8900
E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe / www.gacetajuridica.com.pe

Impreso en: Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto N° 201, Surquillo
Lima - Perú
Octubre 2019
Publicado: noviembre 2019

Comentaristas

Andrade Fernandes, Fernando (Brasil)
Prof. de Derecho penal, Universidade Estadual Paulista - UNESP
(§§ 45, 45-A, 46)

Boldova Pasamar, Miguel Ángel (España)
Catedrático de Derecho penal, Universidad de Zaragoza

Cabrera Guirao, Jorge (Chile)
LL.M. University of Pennsylvania, doctorando Alberts-Ludwig-Universität Freiburg y Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht
(§§ 46-B, 46-C)

Calcina Hancco, Aldo (Perú)
Abogado en Derecho penal
(§ 30)

Carmona Salgado, Concepción (España)
Catedrática de Derecho penal, Universidad de Granada
(§§ 20.2, 22)

Correa Flórez, María Camila (Colombia)
Profesora de Derecho penal, Universidad de los Andes
(§ 46-E)

Edquén Olivera, Merly (Perú)
Abogada en Derecho penal
(§§ 20.1, 46-A, 46-D)

Gamarra Blondet, Susan (Perú)
Abogada en Derecho penal
(§ 20.3)

García Cavero, Percy (Perú)
Profesor de Derecho penal, Universidad de Piura
(§ 27)

Gómez Rivero, María del Carmen (España)
Catedrática de Derecho penal, Universidad de Sevilla
(§ 24)

Hernández Plasencia, Ulises (España)
Prof. titular de Derecho Penal, Universidad la Laguna/Tenerife
(§ 23)

López Peregrín, Carmen (España)
Profesora Titular de Derecho penal, Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)
(§ 25)

Milla Vásquez, Diana Gisella (Perú)
Profesora de Derecho penitenciario, Universidad San Martín de Porres
(§ 29-A)

Monserrat Sánchez, Isabel (España)
Profesora de Derecho penal, Universidad de las Islas Baleares
(§§ 41, 42, 43, 44)

Paredes Vargas, César Augusto (Perú)
Abogado en Derecho penal
(§ 20.7)

Pérez Alonso, Esteban Juan (España)
Catedrático de Derecho penal, Universidad de Granada
(§ 23)

Quinteros Camacho, Nora Giovanna (Perú)
Doctora por la Universidad de Zaragoza
(§ 26)

Reyes Gastelú, Madelaine (Perú)
Abogada en Derecho Penal
(§§ 20.10, 28, 29)

Reyes Tello, Roxanna (Perú)
Notaria Pública (Lima)
(§§ 20.8, 20.9, 20.11)

Rojas Montoya, Nakin Cristian (Perú)
Profesor de Derecho penal, Universidad Nacional de Cajamarca
(§§ 31, 32, 33, 34, 35)

Rosales Artica, David (Perú)
Profesor de Derecho penal, Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(§ 20.6)

Saad-Diniz, Eduardo (Brasil)
Profesor de Derecho penal, Universidad de São Paulo
(§§ 36, 37, 38, 39, 40)

Salazar Sánchez, Nelson (Perú)
Investigador del Max-Planck-Institut para Derecho penal extranjero y Derecho penal internacional, Freiburg (Alemania)
(§§ 20.4, 20.5)

Velásquez Delgado, Percy (Perú)
Profesor de Derecho penal y procesal penal, Universidad Andina del Cusco
(§ 21)

Yon Ruesta, Roger (Perú)
Abogado en Derecho penal

Presentación

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

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

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

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

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

El contenido del tomo (II) está conformado por los comentarios a los capítulos III y IV del título II (del hecho punible); el primero de ellos se refiere a las causas que eximen (§ 20) y atenúan (§§ 21 y 22) la responsabilidad penal, y el segundo abarca a la autoría (§§ 23, 27) y a la participación (§§ 24, 25, 26). La segunda parte del tomo II está conformada por los comentarios a los dos primeros capítulos del título III (las penas) del Código Penal. En el capítulo I –bajo el *nomen iuris* de "Clases de pena" se aborda la problemática de las penas privativas de libertad (§§ 28-29-A), penas restrictivas de libertad (§ 30), penas limitativas de derechos (§§ 31-40), pena de multa (§§ 41-44). Por su parte, el capítulo II comprende los tópicos referidos a la aplicación de la pena, de los cuales en el tomo II solo se comentan desde el § 45 hasta el § 46-E.

Tal como se ha hecho en el tomo I, expreso mis agradecimientos a los profesores, investigadores y abogados peruanos y extranjeros que participan

como comentaristas en el tomo II. Dentro de los autores peruanos se encuentran Aldo Calcina Hancco, César Paredes Vargas, David Rosales Artica, Diana Gisella Milla Vásquez, Percy García Cavero, Madelaine Reyes Gastelú, Merly Edquén Olivera, Nakin Cristian Rojas Montoya, Percy Velásquez Delgado, Roger Yon Ruesta, Roxanna Reyes Tello, Susan Gamarra Blondet. A nivel de autores extranjeros se encuentran Carmen López Peregrín (España), Esteban Juan Pérez Alonso (España), Concepción Carmona Salgado (España), Eduardo Saad-Diniz (Brasil), Fernando Andrade Fernandes (Brasil), Isabel Monserrat Sánchez (España), Jorge Cabrera Guirao (Chile), María Camila Correa Flórez (Colombia), María del Carmen Gómez Rivero (España), Ulises Hernández Plasencia (España), Miguel Ángel Boldova Pasamar (España), Nora Giovanna Quinteros Camacho (España).

Freiburg, 15 de septiembre de 2019

Nelson Salazar Sanchez
(Director)

Abreviaturas / Abkürzungen

- abr. : abril
- ADPCP : Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
- Ago. : agosto
- AI : Acción de incostitucionalidad
- AP : Acuerdo plenario
- Art./art. : artículo
- Arts./arts. : artículos
- AT : Allgemeiner Teil
- Aufl. : Auflage
- BGH : Bundesgerichtshof
- BGHSt : Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
- BverfG : Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal) alemán
- BverfGE : Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts
- CADH : Convención Americana sobre Derechos Humanos
- CC : Código Civil
- CDJ : Cuadernos de Derecho Judicial
- CEDAM : Casa Editrice Dott Antonio Milani
- CEJAJ : Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia
- CESCIJUC : Centro de Estudios Superiores en Ciencias Jurídicas y Criminológicas de Mexico
- Cfr. : confróntese
- CGPJ Consejo General del Poder Judicial
- cit. : citada
- CIJ : Centro de Investigaciones Judiciales
- CIDH : Corte Interamericana de Derechos Humanos
- CJ : concordancia jurisprudencial
- comp. : compilador

- CONADIS : Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad
- Coord. : cordinador
- Const. : Constitución
- CP/C.P. : Código Penal
- CPC : Cuadernos de Política Criminal
- CPE : Código Penal español
- CPP : Código Penal peruano
- CNA : Código de los Niños y Adolescentes
- CS : Corte Suprema
- D.C. : Distrito de Columbia (Washington)
- dic. : diciembre
- DIDP : Departamento de Investigación y Documentación Parlamentaria del Perú
- DGDNCR : Dirección General de Desarrollo Normativo y Calidad Regulatoria
- DL/D. Leg. : Decreto Legislativo
- DNI : documento nacional de identidad
- dr. /Dir/dir. : director
- DR : Deutsches Recht
- Dr. : doctor
- DS : decreto supremo
- DSM : Asociación Psiquiátrica Norteamericana
- ed./Ed./Eds. : edición/ediciones
- e.g. : *exempli gratia*, que en español significan "por ejemplo"
- EE.UU. : Estados Unidos de América
- EGOWiG : Einführungsgesetz zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
- E.I.R.L. : Empresa Individual de Responsabilidad Limitada
- etc. : etcétera
- et al. : procede de la expresión latina *et alii*, que significa 'y otros'
- Exmo. Sr. D. : excelentísimo señor doctor
- Exp. : expediente
- FJ./f.j. : fojas

- Fs-Lange : Festschrift für Lange
- GA : Goltdammer's Archiv für Strafrecht
- GG : Grundgesetz (Ley Fundamental/Constitución)
- HC : Hábeas corpus
- Hrsg. : Herausgeber
- HWiStR : Handwörterbuch des Wirtschafts- und -Steuerrechts
- IDEHPUCP : Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú
- Ibid. : ibídem (en el mismo lugar)
- Id. : ídem (lo mismo)
- i.e. : *id est*, que en español significa "es decir"
- INPE : Instituto Nacional Penitenciario
- JA : Juristische Ausbildung
- Jan. : enero (traducido del portugues al español)
- JGG : Ley de Justicia Juvenil
- jun. : junio
- juris. relev. : jurisprudencia relevante
- JuS : Juristische Schulung
- JZ : Juristenzeitung
- KO : Ordenanza Concursal Alemana
- LOGP : Ley Orgánica General Penitenciaria española
- LGS : Ley General de Sociedades
- LK : Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch
- LO : Ley Orgánica
- LRPM : Ley de Responsabilidad Penal de Menores
- Mª : María
- mar. : marzo
- MINEDU : Ministerio de Educación del Perú
- n/n.p.p : Nota a pie de página
- N°/núm./ Nro/n./No : número
- n.m. : número marginal
- NJW : Neue Juristische Wochenschrift
- NStZ : Neue Seitschrift für Strafrecht

- N.Y.U. : Universidad de Nueva York
- Ob. Cit./Op. Cit : Obra citada
- OMS : Organización Mundial de la Salud
- ONG : Organizaciones no gubernamentales
- org. : organizador
- oct. : octubre
- OWiG : Ordnungswidrigkeit
- Passim. : Aquí y allí, en una y otra parte, en lugares diversos
- p./ pág. : página
- pp./ págs. : páginas
- p.ej. : por ejemplo
- PCC : Primeiro Comando da Capital traducido al español Primer Comando Capital de Brasil
- PE : Parte Especial
- PG : Parte General
- PHC : Proceso de hábeas corpus
- PI : proceso de incostitucionalidad
- PIB : producto interno bruto
- PIDCP : Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos
- PJ : Poder judicial
- párr. : párrafo
- Prof. : Profesor
- PUCP : Pontificia Universidad Católica del Perú
- RDD : Régimen Disciplinario Diferenciado
- RDCir : Revista de Derecho de la Circulación
- RDPC : Revista de Derecho Penal y Criminología
- Rel. Min. : Ministro Relator (traducido del portugués)
- Revis. : revista
- RG : Reichsgericht
- RS : Resolución Suprema
- S. : Seite (página)
- s. : siglo
- S.A. : Sociedad Anónima
- sep. : septiembre

- SP : Sala Plena
- Sr. : Señor
- ss. : siguientes
- S.L. : Sociedad Limitada
- STC : Sentencia del Tribunal constitucional español
- STF : Supremo Tribunal Federal de Brasil
- StGB : Strafgesetzbuch (Código Penal alemán)
- STJ : Superior Tribunal de Justicia brasileño
- STS : Sentencia del Tribunal Supremo
- T/t. : tomo
- TBC : tuberculosis
- TC : Tribunal Constitucional
- TEDH : Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- trad. : Traducción
- UNED : Universidad Nacional de Educación a Distancia
- UNMSM : Universidad Nacional Mayor de San Marcos
- v. gr. : verbigracia
- Vid. : Véase
- VEP : vigilancia electrónica personal
- VIH : Virus de la Inmunodeficiencia Humana
- v./Vol. : volumen
- ZStW : Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

CAPÍTULO III

CAUSAS QUE EXIMEN O ATENÚAN LA RESPONSABILIDAD PENAL

§ 20.1
Exención de responsabilidad penal por anomalía psíquica

MERLY EDQUÉN OLIVERA
Abogada en Derecho penal
(Perú)

Sumario

	Nm	P		Nm	P
I. Consideraciones generales	1	19	2. Por anomalías en la percepción	26	27
II. La inimputabilidad como exención de responsabilidad penal	5	20	III. Postura personal	28	28
1. Por anomalía psíquica y graves alteraciones de la conciencia	13	23	IV. Bibliografía	33	30

§ 20.1.- Exención de responsabilidad penal por anomalía psíquica

"Está exento de responsabilidad penal:

1. El que por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión;

(...)".

I. Consideraciones generales

El legislador peruano, acogiendo lo debatido y estructurado en la dogmática penal a partir de los postulados de HANS WELZEL en 1966[1], ha establecido una diferenciación muy clara en los presupuestos de las causas de exculpación y justificación. En efecto, la más clara diferenciación entre dichos postulados es que se puede advertir que, en los juicios de tipicidad y antijuridicidad se toman en cuenta los aspectos generales de aplicación normativa frente a la conducta humana *–un hecho humano y no un hecho natural–*, mientras que, en los juicios de culpabilidad, se tomarán en cuenta las consideraciones de la persona como un ser único *–esto es, el ser humano como punto de referencia para la imputación de responsabilidad penal–*. 1

(1) ROXIN, C., *La teoría del delito en la discusión actual*.

2 En otras palabras, las consideraciones que se tomen en cuenta para determinar la atribución de responsabilidad penal a un individuo, ya sea que se espere de él una imputación a título de autor o partícipe, involucrarán necesariamente un análisis posterior a la tipicidad y antijuridicidad, que involucre un estadio secuencial al análisis eminente normativo del injusto penal. Este análisis posterior y final es el de la "culpabilidad". Este último filtro de atribución penal permite determinar que "culpable es el autor que ha podido comportarse con arreglo a derecho y no lo ha hecho a pesar de haber sido accesible al mandato normativo"(2). No obstante, la otra cara de la culpabilidad permite determinar con justicia cuando el autor obró por error, es decir que, no tuvo la posibilidad de conocer la ilicitud de su conducta, y, por tanto, la posibilidad de autodeterminarse normativamente. En esa misma línea, la culpabilidad también advierte cuando el sujeto actuó en estado de inimputabilidad, esto es, cuando la persona que no tiene la capacidad para comprender la ilicitud de su conducta: *personas que presenten una anomalía psíquica grave, alteraciones de la conciencia o alteraciones de la percepción.*

3 Respecto a estas dos situaciones que acoge el concepto de culpabilidad *–el error y la inimputabilidad–* el actuar del sujeto no está motivado por el derecho, y, como consecuencia, su actuar incluso no le podría ser imputable. Esta posibilidad se presenta cuando el sujeto *–al momento del hecho ilícito–* carece de las herramientas naturales o formales para determinar su comportamiento de manera adecuada en derecho, generando con ello la posibilidad de la ausencia del reproche de su comportamiento por el Derecho penal.

4 En ese sentido, será también el Derecho penal que establezca cuáles son esas situaciones en las que se permita excluir la culpabilidad del autor del injusto penal. En razón a ello, el Código Penal ha establecido en su artículo 20 un listado de causas que eximen de responsabilidad penal al sujeto. Materia de la presente serán las situaciones de inimputabilidad que tienen origen en una anomalía psíquica grave, alteraciones de la conciencia o alteraciones de la percepción del sujeto.

II. La inimputabilidad como exención de responsabilidad penal

5 La culpabilidad como fundamento de atribución de responsabilidad penal se encuentra establecida en la parte general del Código Penal (Art. 20 CP),

(2) Pérez Alonso, E. / De Espinoza Ceballos, E. / Ramos Tapia, M., *Fundamentos de Derecho penal. Parte general.*

como tal, es el último presupuesto de análisis por el administrador de justicia al momento de justificar la imposición de una pena o una medida de seguridad[3]. Esta concepción tiene en consideración los fundamentos antropológicos de la culpabilidad, en donde se indica que podrá responsabilizarse a una persona por su hecho criminal cuando "la pena criminal *solo* pueda basarse en la constatación de que cabe reprochar al autor la formación de voluntad conducente a la decisión del hecho"[4], es decir que, el reproche a nivel de culpabilidad solo será posible cuando la capacidad del agente se autodetermine en libertad, y que dicha determinación libre conlleve a que el sujeto organice su conducta negando la norma, solo entonces será culpable por el hecho ilícito.

Sin duda, este es un fundamento protector de la persona humana al momento de hacerle culpable por su conducta, no solo en miras a su comportamiento sino a su condición de ser imputable en Derecho penal, situación jurídica que también sirve para negarle dicha condición cuando el agente no tiene esa capacidad de determinar su conducta por las normas, y, en estos casos se los reconoce como "inimputables". Las personas que son consideradas inimputables no tienen la capacidad de percibir ni los conceptos valorativos ético-sociales, ni los normativos, su falta de consciencia les hace inertes frente a los mandatos normativos. 6

En ese sentido, si imputabilidad significa que el hecho no solo es antijurídico sino también que el autor es culpable, es decir, que el agente tiene "la capacidad física psíquica que se requiere para comprender la ilicitud del hecho y actuar conforme a dicha comprensión"[5], en contrario, la inimputabilidad permitirá la presencia del hecho típico y antijurídico pero con un autor no culpable, y en consecuencia opera el principio de que "sin culpa no hay pena", y, en su lugar, se impondrá una medida de seguridad. 7

La inimputabilidad se presenta en personas que tienen algún menoscabo en su sistema cognitivo y/o volitivo, y que además, dicha afectación al momento del hecho típico y antijurídico, no les permita pensar, razonar, comprender, 8

(3) En un sentido más claro, Roxin, C. *La teoría del delito en la discusión actual. Op. Cit.*, p. 235, ha establecido que: "La pena se vincula a la culpabilidad, la medida de seguridad al injusto de la conducta del autor". Esta importante diferenciación la realizó con el fin de establecer las consecuencias jurídicas de aceptar las causas de justificación y las de exculpación, es decir, las que se presentan desde el ámbito de la antijuridicidad y las de la culpabilidad. Por ejemplo, la participación en una conducta justificada será siempre impune, en cambio, no sucede lo mismo en la acción no culpable.

(4) Jescheck, H. *Tratado de Derecho penal. Parte general*, p. 366.

(5) Pérez Alonso, E. / De Espinoza Ceballos, E. / Ramos Tapia, M., *Fundamentos de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 347.

actuar y organizar su conducta conforme a las normas de derecho. Sobre este particular, nuestro ordenamiento jurídico ha establecido claramente cuáles son los presupuestos de inimputabilidad, los mismos que se encuentran previstos en el artículo 20, inciso 1 del CP. En atención a dicho precepto normativo, se considera exento de responsabilidad penal *–inimputable–* aquella persona que sufre de anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, cuando estos factores o menoscabos afecten gravemente su concepto de realidad o no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión.

9 Como se puede advertir, no en todos los casos de anomalías psíquicas, alteraciones de la conciencia o de la percepción se producirá la inimputabilidad. Esta se producirá alternativamente bajo tres momentos: i) cuando afecten gravemente su concepto de realidad, ii) cuando no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto, y, iii) cuando no posea la facultad para determinarse según esta comprensión. Esta aclaración que nos permite la norma penal es importante al momento de establecer juicios de investigación y punibilidad del comportamiento. Por supuesto que, para iniciar una investigación cuando el agente es una persona declarada con discapacidad mental y ha cometido el hecho ilícito, no pesará únicamente sobre él su condición *–persona con discapacidad mental–*, sino que el fiscal o quien intervenga en el proceso de investigación, habrá de determinar si "en el momento" la persona no estaba en la posibilidad de autodeterminar su conducta por el ordenamiento jurídico, de lo contrario, si la persona declarada con discapacidad mental presentaba su momento de lucidez, entonces, claramente es un imputable y le corresponde la sanción penal por la conducta realizada.

10 Con esto lo que se quiere decir es que las causas de inimputabilidad ya no deben fundamentarse únicamente en un criterio psico-biológico del sujeto activo: "El modelo 'clínico', orgánico o biofísico, de enfermedad mental es solo uno de los posibles modelos de la actual Psiquiatría (con él coexisten: el conductista, el psicodinámico, el sociológico, etc.)"[6]. Sino que, debe atenderse la naturaleza humana en todos sus contextos, más aún si predomina a nivel nacional e internacional el modelo social y de derechos humanos, aplicable sobre todo a las personas con discapacidad mental, e incluso a aquellas que solo presentan anomalías temporales.

(6) García-Pablos De Molina, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, p. 171.

Las consecuencias de adoptar dicho modelo se reflejan en que, no se va 11
a producir de manera automática la inimputabilidad de una persona. Incluso si su discapacidad mental está inscrita formalmente en el Registro Nacional de Personas con Discapacidad del Conadis, pues si bien dicho registro agrupa a las personas con discapacidad *–física, mental, intelectual, y sensorial–*[7], esto, al igual que el Clasificador de la Organización Mundial de la Salud (OMS), es un referente meramente formal de la condición que presenta una persona con discapacidad. Su condición en sí misma para los fines punitivos, no puede ser objeto de diferenciación, sino por motivos razonados y justificados por la norma, esto es, cuando no puedan o no tengan la posibilidad de conducir su conducta conforme a derecho –esta es la condición de trato diferenciado legal en materia penal–. Y, por supuesto, los tres referentes normativos antes descritos: i) cuando afecten gravemente su concepto de realidad, ii) cuando no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto, y, iii) cuando no posea la facultad para determinarse según esta comprensión.

Ahora bien, contar con dichos referentes *–Registro Conadis y Clasificador* 12
de la OMS– tienen una importancia invaluable, pues identificaremos en ellos, cual es la real condición del ser humano, y, si su discapacidad mental o sensorial le puede causar graves alteraciones que no le permitan comprender la ilicitud de su conducta. En consecuencia, cuando el juez al momento de decidir sobre la culpabilidad o no de la persona lo deberá hacer advirtiendo que su discapacidad es a largo plazo o no, y si ella, es la causa de un comportamiento lesivo. Solo cuando se genere la convicción necesaria, el operador de justicia determinará si se le impone una pena o una medida de seguridad. La diferencia entre una y otra radica en la necesidad de reproche de la conducta o en la imperiosa recuperación psico-biológica del ser humano.

1. Por anomalía psíquica y graves alteraciones de la conciencia

El primer presupuesto que establece el artículo 20 del Código Penal como 13
causa de exención de responsabilidad es que una persona presente una anomalía psíquica o grave alteración de la conciencia. Sobre el particular, se entiende que una forma de espontaneidad mental es la que descansa en la *psique*, "en la que precisamente encontraría expresión lo creativo, autónomo y espiritual de la personalidad humana"[8]. En ese sentido, cuando existe una anomalía

(7) Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad. Artículo 1: "Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales y sensoriales a largo plazo (...)".

(8) Jescheck, H., *Tratado de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 368.

psíquica, la capacidad de la persona para limitar sus impulsos y tomar dirección sobre sus decisiones es disminuida o anulada. En este grupo de anomalías psíquicas se agrupan las enfermedades mentales clasificadas y agrupadas en la "Clasificación de los trastornos mentales y del comportamiento con glosario y criterios diagnósticos de investigación CIE-10: CDI-10"[9] de la Organización Mundial de la Salud, los mismos que van a servir de base para establecer si, en el caso concreto, estamos ante una persona que podría ser inimputable o no.

14 Este clasificador internacional permite identificar médicamente las características del agente, y si estas pueden o no ser parte del precepto normativo penal. La Clasificación Internacional de Enfermedades elaborada por la OMS está basado desde un punto de vista estadístico y con fines comparativos entre los datos de diversos países, es mejor emplear una clasificación internacional, dejando en claro que algunos tratadistas no siempre siguen este criterio; en algunos casos porque adoptan una clasificación nacional como la elaborada por la Asociación Psiquiátrica Norteamericana (DSM)[10], situación que no es advertida en nuestro sistema jurídico, puesto que nosotros si aplicamos el Código CIE-10, y lo que establece la norma civil y Ley General de Personas con Discapacidad –*discapacidad grave, moderada, leve / absoluta, relativa / permanente y temporal*–.

15 La lógica permite advertir que, no todas las enfermedades mentales comprometen el aspecto cognitivo y volitivo del agente, en la mayoría de las enfermedades mentales –*por ejemplo, alzheimer*– la persona sabe y conoce que matar a otro está prohibido. No obstante, otras personas –*por ejemplo personas con esquizofrenia*– si van a ver alterado su aspecto volitivo y congnitivo al extremo de que su condición los determine a cometer el hecho ilícito. Sin embargo, pese a que la esquizofrenia pueda dar lugar a un estado inimputabilidad del agente, para los efectos prescritos en el artículo 20 del CP, no se requiere que dicha anomalía psíquica sea total y absoluta, sino que sea únicamente grave. La gravedad de su condición es la que va a determinar la presencia o la ausencia de la culpabilidad o una culpabilidad disminuida. En consecuencia, no es correcto extraer conclusiones jurídico-penales únicamente atendiendo a la condición del agente, sino que se tiene que evaluar en el momento si esta es grave o no, y si le permitió o no autodeterminarse en libertad conforme a las reglas de derecho.

(9) Organización Mundial de la Salud., *Guía de bolsillo de la Clasificación CIE-10. Clasificación de los trastornos mentales y del comportamiento. Con glosario y criterios diagnósticos de investigación CIE-10: CDI-10.*

(10) Salas Espinoza, A., *Criminología. Panorama contemporáneo, passim.*

Nuestra jurisprudencia aún no es clara en torno al tratamiento de la 16
exclusión de la culpabilidad en personas con discapacidad mental y/o alteraciones de la conciencia, tal es así que podemos extraer el siguiente fragmento jurisprudencial:

> "El acusado se halla exento de responsabilidad por anomalía mental, en mérito 17
> al dictamen de sicología forense y pericia psiquiátrica ratificada en audiencia pública, que concluye señalando que presenta episodios depresivos graves con síntomas sicóticos que conllevan que altere sus facultades, haciendo que pierda contacto con la realidad, requiriendo tratamiento especial"[11].

Como se puede advertir, aquí falta una condición importante que el juez 18
penal debió evaluar al momento de decidir la causa, pues no existe un razonamiento que indique si "al momento de la comisión de los hechos" el investigado presentaba dichas alteraciones, y, si dichas alteraciones tienen una relación causal con el resultado lesivo. Primer razonamiento jurídico penal, y solo cuando dicho precepto se complete, entonces pasaremos al análisis último que es el factor personal de atribución de responsabilidad *–culpabilidad o ausencia de la misma–*. Esto debe ser suficiente para orientar al juez penal al momento de evaluar la condición psíquica del agente como nexo causal del resultado, de manera tal que, si se corrobora un estado mental de absoluta y total perturbación de las características intelectivas o volitivas del agente, entonces incluso es posible hablar de una falta de acción, y por tanto, exclusión de la antijuridicidad y culpabilidad, razón por la cual la imposición de una pena no sería posible.

Este razonamiento tiene amparo dogmático incluso bajo un razonamiento 19
muy sencillo, pues debe recordarse que la acción resulta típica siempre que concurran todos sus elementos, entre ellos el elemento cognitivo. En tal sentido, si existe esta falta de determinación libre del agente no podemos hablar de una conducta típica. En su caso, operaría lo prescrito en el artículo 71 del CP, que regula las medidas de seguridad[12] de internación o tratamiento ambulatorio en función de la peligrosidad que el agente represente para la sociedad y para sí mismo. Esta situación para nada entra en conflicto con lo regulado en materia civil respecto a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental o sensorial *–para los efectos penales leve, moderada o grave–*. La persona

(11) Sentencia de la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima de 20 de agosto de 1995. Expediente N° 972-95. Villavicencio Terreros, F., *Derecho penal. Parte general.*

(12) La Sala Penal Constitucional de Lima, Expediente N° 4749-99, establece que las medidas de seguridad "constituyen una de las dos posibles vías de reacción del ordenamiento jurídico penal contra los hechos antijurídicos, el otro es la pena, sanción cuyos presupuestos de imposición son la antijuridicidad del hecho cometido y la culpabilidad".

sigue gozando de su pleno ejercicio de capacidad *–aspecto estático y dinámico–*, y, sigue siendo responsable de las consecuencias que se impongan a su conducta. Tal es así que, pese a existir la figura de la ausencia de acción, esta no elimina el resultado lesivo, puesto que aquí lo que ha sucedido es la concretización de la peligrosidad que el agente representa, y será a él a quien se le imponga el resultado de esa peligrosidad, la misma que como se advirtió se corresponde con la imposición de una medida de seguridad de internación en un establecimiento de salud mental.

20 Y, sobre este particular, también existe amplio desarrollo jurisprudencial. Respecto a la Internación, la Sala Penal Transitoria menciona lo siguiente:

21 "(...) se debe disponer la medida de seguridad de internamiento para el acusado en un Centro Médico de Salud, a fin de que se efectúen los exámenes periódicos, con la finalidad de determinar su estado psiquiátrico, conforme lo dispone la sentencia del Tribunal Constitucional número tres mil cuatrocientos veintiséis-dos mil ocho-PHC/TC, del veintiséis de agosto de dos mil diez, la que establece que en los casos de personas inimputables o con problemas de salud mental, que están sujetas a internación debe precisarse el centro hospitalario donde recibirán la atención médica especializada para su tratamiento y rehabilitación de la salud mental"[13].

22 Cabe precisar que, incluso para la imposición de una medida de seguridad *–de internación o de tratamiento ambulatorio–*, el Código Penal ha establecido claramente cuales son los presupuesto, entre ellos: 1) Que el agente haya realizado un hecho previsto como delito, y, 2) 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 consecuencia, debe entenderse que las medidas de seguridad son un tipo de consecuencia jurídica penal que se aplica debido a la realización de un resultado lesivo, y que, principalmente requiere la presencia de un elemento patológico que fundamente la ausencia de responsabilidad del sujeto por el hecho. Dicha patología en el agente requiere ser determinante en la comisión del hecho, y a la vez, servir como un fundamento de la peligrosidad futura del mismo.

23 En ese sentido, la imposición de una medida de seguridad reconoce *per se* la inimputabilidad del agente, quien debido a su elemento patológico: "anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la

(13) Recurso de Nulidad N° 124-2013, Lima, de fecha 14/11/2013.

facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión" *–artículo 20 inciso 1 del CP–*. Debido a ello, las medidas de seguridad buscaran eliminar la peligrosidad del agente a través de la internación, y/o, el tratamiento ambulatorio.

Por tanto, lo que el juez penal debe evaluar es la concurrencia de los pre- 24
ceptos específicos que regula el artículo 20 inciso 1 del CP, para los efectos propios de la exención de responsabilidad penal. Atender un razonamiento contrario generaría la inaplicabilidad de lo prescrito en el artículo 21 del CP, pues en los casos donde no se presente necesariamente una anomalía psíquica de *gravedad*, lo correcto sería disminuir prudencialmente la pena por límites inferiores al mínimo legal, y no imponer una medida de seguridad en forma automática. En este ejemplo estamos hablando de un autor "semiimputable", en donde su conducta sí es considerada delito y merecerá por tanto una pena. Así también lo ha establecido la jurisprudencia:

> "Corresponde al derecho penal establecer cuáles son los limites en los que 25
> desaparecen la exigibilidad, pero en caso de determinar que un sujeto ha superado el umbral intermedio y considerar que es **imputable**, no puede dejar de reconocer que aún de esta categoría existen escalas que permiten establecer lo que se denomina la imputabilidad disminuida, lo que redunda en una atenuación facultativa de la pena"[14].

2. Por anomalías en la percepción

Aquí importan "los procesos anímicos que subyacen en la formación de 26
la voluntad"[15] los que, temporalmente se verán afectados por falsas percepciones: Por ejemplo, una madre que presenta estado puerperal y mata a su hijo debido que no tiene la capacidad de percibir que es un ser humano al que tiene en sus brazos sino un muñeco o un florero, etc. Esta situación de anomalías en la percepción incide en la formación de la voluntad del agente, evitando que este se autodetermine conforme a las normas de derecho *–la madre no sabe que está matando a su hijo, ella piensa que está arrojando por la ventana un florero cuyas flores se han marchitado–*. La persona en estas condiciones, sabe qué es lo correcto y lo que está permitido o prohibido por la norma, incluso cualquier norma ético-social. Sin embargo, no advierte por anomalías en su percepción que su actuar es típico y prohibido.

(14) Ejecutoria Suprema de 29 de septiembre de 1993, Expediente N° 1297-1993- VILLAVICENCIO TERREROS, F., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*

(15) JESCHECK, H., *Tratado de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 369.

27 Cuando una persona presenta una anomalía en su percepción, esta incide sobre todo en la ausencia de capacidad para determinar que su comportamiento es ilícito y por tanto prohibido. En esta categoría también se encuentra la esquizofrenia, debido a su sintomatología variada, y sobre todo, a que en situaciones de gravedad esta produce alteraciones de la percepción de la realidad. Los límites de diferenciación con los presupuestos anteriores van ha distar únicamente en función de la sintomatología presentada por el agente, y su situación de inimputabilidad va a incidir en el tiempo que esta persona tiene la alteración perceptiva. Las consecuencias aplicables al resultado lesivo serán sin duda las mismas que se han establecido en el acápite anterior, y, la evaluación por el juez penal también debe atender los mismos parámetros.

III. Postura personal

28 Como se puede advertir, la culpabilidad analiza no la conducta del autor, sino su condición humana al momento de cometer el hecho ilícito. Cuando un sujeto obra por anomalías mentales o falta de percepción, obra en estado de inimputabilidad. No obstante, que el sujeto presente una situación de discapacidad mental o sensorial, o incluso que presente situaciones emotivas de alta gravedad o neurosis, no pueden resultar *per se* con la exclusión de su capacidad para poder determinarse en libertad y conforme a derecho y, por tanto, ser pasibles de algún tipo de responsabilidad penal. Dicha situación ya no es aceptada en el actual orden jurídico y los avances de la ciencia, pues, en principio, todas las personas (*personas con discapacidad mental, sensorial y otras personas con alteraciones temporales*), gozan de plena capacidad jurídica –*capacidad de ser un sujeto atribuible de derechos y deberes, y, de ejercerlos conforme a derecho*–, razón por la cual, también pueden ser pasibles de atribución de responsabilidad penal. Por ello, es importante que se evalúe a la persona al "momento de la comisión del hecho típico", teniendo en cuenta que todos los seres humanos tienen momentos de lucidez incluso si padecen graves anomalías.

29 Pese a ello, una crítica para nuestro sistema jurídico es que aún considera estas situaciones según los preceptos antiguamente desarrollados, pues no toma en consideración que actualmente, no es posible hablar de una discapacidad mental absoluta en el ser humano (*aunque sí permanente*), pues la persona, siempre tendrá momentos de lucidez que le permitan obrar conforme a derecho, es decir, comprender –de ser el caso– el proceder delictivo de su acción. Esta corriente civil que se funda en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y que tiene como fundamento filosófico la teoría fundamental de los derechos humanos, también guarda sus efectos en el ámbito

penal, orientando la norma punitiva solo a aquellos presupuestos en los que el agente no tenga la posibilidad de autodeterminarse conforme a derecho, y que esa imposibilidad provenga de su condición mental, pero sobre todo, que dicha condición guarde un nexo causal con el resultado lesivo.

Situación particular sucede cuando el autor, al momento del hecho, pre- 30
sentaba un estado mental de absoluta indeterminación producto de su condición: *anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, o alteraciones de la percepción*. En este caso estaremos frente no a un estado de exculpación sino ante la ausencia de acción, pues aquí el sujeto pasa inmediatamente a ser valorado no en función a su conducta, sino directamente por su condición de peligrosidad, a quien, en efecto no se le impondrá una pena, sino una medida de seguridad. La razón de lo expresado tiene un fundamento esencial, el respeto de la dignidad del hombre, pues en ningún lado del mundo debería ser la condición del ser humano la que rija su futuro normativo, sino que será la responsabilidad por el hecho propio, ya sea que se le imponga una pena o medida de seguridad, siempre en función al elemento comunicativo externo que presente la persona con los objetos o personas, y nunca por su propia condición.

Por ello, se advierte es que no debería descartarse la culpabilidad de la 31
persona únicamente basándose en su condición de discapacidad mental (*temporal, parcial o absoluta*). Como se ha precisado con claridad, la culpabilidad es el último filtro de atribución de responsabilidad penal, y su exención por inimputabilidad no debería alterar el curso de análisis lesivo de la conducta. Las consecuencias de haber estereotipado la condición de *discapacidad mental* con los factores de atribución de peligrosidad social han dejado consecuencias en nuestro ordenamiento jurídico que aún debemos superar, entre ellas: Primero, que no determina *–ni siquiera existe un filtro de evaluación de la conducta–* que las personas con discapacidad mental al momento que han cometido un ilícito penal, este hecho haya estado influenciado por su condición mental, lo que dificulta la posibilidad de investigar que este hecho penal haya sido cometido en momentos de lucidez y con plena capacidad de autodeterminación. Segundo, que la aplicación de la norma penal *–en la actualidad–* solo busca medidas aseguradoras basadas en la peligrosidad del agente, razón por la cual se le impone a la persona una medida de seguridad de internación, al no poderle atribuir penalmente su conducta[16]. No obstante, dicha medida tiene la duración de una pena.

(16) Sobre este particular, es imposible no describir la realidad problemática que presenta la aplicación de las medidas de seguridad de internación en nuestro ordenamiento jurídico. El Tribunal Constitucional, en el Expediente N° 03426-2008-HC, fundamento 30, ha dejado claro que: "La

32 Esta desnaturalización en la aplicación de la norma penal debe ser corregida, pero sobre todo, debe ser amparada en la dignidad del ser humano. Ninguna persona puede ser sometida a un trato que la Ley no ha conferido *–principio de legalidad–*, y tampoco la Ley puede amparar situaciones de desventaja negativas para el ser humano *–análisis de convencionalidad–*, en consecuencia, cualquiera sea la respuesta punitiva que se brinde desde los postulados del Derecho penal a una condición particular que presente el ser humano, esta debe guardar plena relación con los fines de la pena y el respeto a la dignidad humana, caso contrario, se obraría contradiciendo los principios básicos de un Estado de Derecho.

IV. Bibliografía

33 García-Pablos De Molina, Antonio, *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*. 2ª edición corregida y aumentada. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996; Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal. Parte general*. 4ª edición. Comares, Granada, 1993; Organización Mundial de la Salud, *Guía de bolsillo de la Clasificación CIE-10. Clasificación de los trastornos mentales y del comportamiento. Con glosario y criterios diagnósticos de investigación CIE-10: CDI-10*. Editorial Médica Panamericana, Madrid, 2000; Pérez Alonso, Esteban Juan / De Espinoza Ceballos, Elena María / Ramos Tapia, María Inmaculada, *Fundamentos de Derecho penal. Parte general*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010; Roxin, Claus, *La teoría del delito en la discusión actual*. Traducción de Manuel Abanto Vásquez. Grijley, Lima, 2007; Salas Espinoza, Alejandro, *Criminología. Panorama contemporáneo*. 4ª edición. BYB, Lima, 2014; Villavicencio Terreros, Felipe, *Derecho penal. Parte general*. Grijley, Lima, 2006.

existencia de un estado de cosas inconstitucional respecto de las personas que adolecen de enfermedad mental" por la falta de una política de tratamiento y rehabilitación de la salud mental de personas que se encuentran sujetas a medidas de seguridad de internación es grave, y que la dignidad de las personas sujetas a medidas de seguridad no se asegura, y por el contrario resulta peor que la imposición de una pena privativa de libertad. El Tribunal Constitucional en dicha sentencia ordenó al Ministerio de Economía y Finanzas adoptar las medidas necesarias para el incremento gradual del presupuesto a los centros hospitalarios de salud mental del país. Asimismo, ordenó al Poder Ejecutivo adoptar las medidas que tengan por objeto superar la situación anteriormente descrita, fortaleciendo los niveles de coordinación con el Ministerio de Justicia, Ministerio de Salud, Ministerio de Economía y Finanzas. Asimismo, dispuso que la Defensoría del Pueblo, en el marco de sus competencias, se encargue del seguimiento respecto del cumplimiento de la sentencia, informando al Tribunal Constitucional de los avances. En ese sentido, con el fin de contribuir a la formulación de una política de atención, tratamiento y rehabilitación de las personas con medidas de seguridad de internación, el presente trabajo tiene como finalidad determinar, entre otras cosas, el cumplimiento de dicho mandato. Sin embargo, a la fecha, la situación de estas personas no ha cambiado.

§ 20.2
Inimputabilidad penal por minoría de edad

CONCEPCIÓN CARMONA SALGADO
Universidad de Granada
(España)

Sumario

	Nm	P
I. Fundamento de la eximente de minoría de edad con especial consideración al artículo 20.2 del CP peruano	1	31
II. Tratamiento específico de los menores infractores en el Código peruano de Niños y Adolescentes	14	40
1. Aspectos sustantivos de esa regulación jurídica: las medidas socioeducativas y sus criterios de aplicación	14	40
2. Aspectos procedimentales de la investigación y el juzgamiento de los adolescentes infractores	36	57
III. Bibliografía	41	60

§ 20.2.- Exención de responsabilidad penal por minoría de edad

"Esta exento de responsabilidad penal:

(...)

2. El menor de 18 años;

(...)".

I. Fundamento de la eximente de minoría de edad con especial consideración al artículo 20.2 del CP peruano

El artículo 20.1 del CP peruano declara exentos de responsabilidad criminal por inimputabilidad a quien por padecer anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, o sufrir alteraciones en la percepción que afecten gravemente su concepto de la realidad, "no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según dicha comprensión". Es decir, considera inimputables, esto es, carentes de la correspondiente capacidad de culpabilidad (comprensión/valoración del ilícito) a todo sujeto que se halle inmerso en alguna de esas tres circunstancias, motivo que determinará su consecuente exención. 1

Hasta este punto, la presente fórmula, que aúna en un único apartado las eventuales causas de inimputabilidad, frente a los cuatro supuestos diferenciados 2

que regula, en cambio, su homónimo artículo 20, circunstancias 1ª, 2ª y 3ª del vigente CP español, según la nueva versión que le confiriera la reforma de 1995, guarda cierta semejanza con el mismo, a la par que con el artículo 20 del StGB, del que ambos, en definitiva, traen causa, al fundamentar dicha declaración no tanto en el criterio puramente biológico como en el más amplio, de naturaleza psicológica o, psicológico/normativa, consistente en atender de forma prioritaria, aunque tampoco exclusiva, a los efectos de esta índole sufridos por quienes padezcan algunos de los mencionados trastornos psíquicos con trascendencia jurídico-penal en el plano de la imputabilidad, pues la mera "etiqueta" psicopatológica de los mismos, por sí sola, es de todo punto insuficiente e inoperativa, por lo que legalmente se atribuye carácter prioritario al hecho de que el sujeto que los padezca no disponga de la necesaria capacidad para comprender el injusto y/o para determinarse según dicha comprensión.

3 Ninguna objeción cabría formular, al menos en principio, a la citada cláusula legal sobre inimputabilidad. No obstante, sorprende que el mismo precepto (Art. 20), en sus restantes apartados, y sin mayores previsiones aclaratorias, declare igualmente exentos de responsabilidad penal, también por inimputabilidad, no solo ya al menor de dieciocho años, sino incluso al que actúa en legítima defensa, en estado de necesidad, fuerza irresistible, miedo insuperable o ejercicio legítimo de un derecho o cumplimiento de un deber, oficio o cargo, obediencia jerárquica debida y consentimiento de la víctima; circunstancias, por lo demás, expresamente incluidas (si no todas, sí, al menos, algunas de ellas) en la mayoría de los textos punitivos de nuestro entorno cultural como causas genéricas de exención de la responsabilidad criminal, aunque sin mayores concreciones, pues es a la dogmática, y no al legislador penal, a quien corresponde debatir y determinar su fundamento, contenido y concreta ubicación en la teoría jurídica del delito, incardinando, por lo general, unas en el marco de la justificación penal, y otras en el de la exculpación (inexigibilidad), sin necesidad de que un CP se pronuncie de forma taxativa al respecto, lo que resulta, sin duda, más disfuncional que operativo Así pues, de cara a una futura reforma, sería aconsejable que el CP peruano corrigiera ese error de técnica legislativa eliminando el término "inimputabilidad" del enunciado genérico de su artículo 20, que debería aludir, únicamente, a las "causas que eximen de la responsabilidad criminal", con lo que se evitarían las disfunciones y equívocos interpretativos mencionados.

4 Pues bien, centrándonos ya en el contenido del apartado 2 del mencionado precepto, cuyo comentario en concreto nos ocupa ahora, y siguiendo para ello el tenor literal del mismo, cabe entender que dicho CP considera, en todo

caso, inimputable al menor de dieciocho años y, por lo tanto, exento de responsabilidad criminal, debiendo quedar sujeto a las *medidas de protección* (menores de 12 años) o de índole *socioeducativas* (mayor de 12 y menor de 18) previstas en el denominado *Código de los Niños y Adolescentes* (CNA) cuando hubiesen cometido una infracción penal. Así las cosas, veamos a continuación qué tipo de cuestiones suscita, a nuestro juicio, dicha declaración legal de inimputabilidad generalizada respecto de tales menores infractores que no hubiesen alcanzado aún la mayoría de edad.

El artículo 20.2 de este texto punitivo viene a corresponderse con el antiguo artículo 8.2 del derogado CP español (TR 1973), que contenía una cláusula prácticamente idéntica de inimputabilidad incondicional para los entonces menores de 16 años, tope de edad con posterioridad elevado a dieciocho, merced a la reforma operada en 1995, que sustituyó dicha cláusula por otra, bastante más satisfactoria, contenida en el artículo 19 del vigente CP. En realidad, el problema esencial que origina una declaración legal tan generalizada como esta que contemplamos reside en la previa y equivocada adopción por parte del legislador peruano –al igual que le ocurriera al español respecto de la derogada fórmula del artículo 8.2– del criterio biológico puro, basado en el dato meramente cronológico de la edad como fundamento exclusivo de esta concreta eximente, adopción que conlleva de forma automática la presunción *iuris et de iure* de que cualquier menor que no haya alcanzado los dieciocho años, por el simple hecho de serlo, siempre y sin excepción alguna, carece de la capacidad de culpabilidad necesaria para ser declarado penalmente imputable, obviando por completo cualquier otro criterio al respecto, como es el del discernimiento, basado en la consideración de su grado de madurez moral-intelectual, el cual, combinado con el anterior, permite recurrir a una fórmula mixta, en la línea iniciada por el modelo germánico, ulteriormente seguida en España por la LO 5/2000 reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (LRPM), que ha sufrido su última (¿penúltima?) modificación en virtud de la LO 8/2006, del 4 de diciembre[1].

(1) Sobre los antecedentes legislativos de la minoría de edad en el ordenamiento penal español, *vide*, ampliamente, LANDROVE DÍAZ, G., *Introducción al Derecho penal de menores*, p. 29 ss. Con especial referencia a la codificación penal y a los diferentes criterios de fundamentación de esta eximente en los diversos textos punitivos españoles, CARMONA SALGADO, C., "Comentario al artículo 19 del Código Penal". En: COBO DEL ROSAL, M. (director), *Comentarios al Código penal*, pp. 25-32. A nivel de codificación esta eximente experimentó continuos y oscilantes cambios en cuanto a la determinación de su fundamento. Así, mientras los CP de 1822 y 1848, al igual que los textos de 1850-1870 recurrieron al criterio del discernimiento, el CP de 1928 lo sustituyó por el cronológico relativo a la edad (biológico puro), para volver a retomar el primero de ellos el texto punitivo de 1932, que volvió a ser reemplazado por este segundo en el CP de 1944, manteniéndose así en el TR de

6 No obstante lo dicho, lo cierto es que las investigaciones llevadas a cabo desde hace ya bastantes años, tanto a nivel nacional como internacional, así como los resultados político-criminales arrojados por ellas, han venido a demostrar que en este particular contexto de la minoría de edad penal, ni el sistema basado en el criterio biológico puro sobre exención incondicionada de la responsabilidad criminal hasta un determinado tope, como tampoco el que atiende de forma exclusiva al criterio del discernimiento o madurez personal del menor, gozan de entidad suficiente para sustentar, objetiva y razonablemente, los verdaderos motivos que justifican que el Ordenamiento sustantivo y procesal penal ordinario, aplicable a cualquier delincuente adulto, sea el más idóneo para ofrecer una respuesta penal sancionadora a esta peculiar categoría de infractores(2).

7 En este orden de ideas, la solución a tan sutil dilema llegó hace algún tiempo de la mano de cierto sector de la doctrina especializada en la materia que a efectos de fundamentar la presente eximente recurrió a determinados criterios político-criminales, de naturaleza completamente distinta a los arriba expuestos, los cuales trascienden a la mera presunción legal *iuris et de iure* antes mencionada, pues para entonces estaba ya más que demostrado que en muchos casos el recurso a este sistema, que no dejaba de ser una pura ficción jurídica, sin otros argumentos de peso añadidos que lo avalaran, provocaba resultados francamente insatisfactorios, injustos e, incluso, absurdos, ya que, por ejemplo, quedaban automáticamente excluidos de la exención los adolescentes que acabaran de cumplir la mayoría de edad penal, pudiendo afirmarse otro tanto de lo mismo al aplicarse de manera exclusiva y apriorística el criterio del discernimiento o de la madurez del menor delincuente, que dejaba en manos del juez, es decir, a su entera discrecionalidad, previamente avalada por los informes psicológicos emitidos al respecto, la decisión de si

1973, hasta que en 1995 el vigente CP español declarara a través de su nuevo artículo 19 que si bien los menores de 18 años están exentos de responsabilidad criminal conforme al CP, pueden, no obstante, responder penalmente de acuerdo con la ley reguladora de su responsabilidad penal (LRPM 5/2000), la cual, siguiendo el criterio estrictamente cronológico o biológico puro, califica de inimputables a todos los efectos a los que habiendo cometido un hecho delictivo no hayan alcanzado los 14 años, a quienes se procederá a aplicar la normativa extrapenal correspondiente para su adecuada protección y tutela, recurriendo al criterio del discernimiento o de la madurez personal de los mismos cuando hubieran superado ese límite mínimo de edad para aplicarles de forma individualizada la correspondiente sanción, sea esta de internamiento, sea una genuina medida educativa, a cuyos efectos la ley distingue dos franjas diferentes en las que pueden estar comprendidos: 14 a 16 o 16 a 18 años, respectivamente.

(2) Así lo sostuve personalmente hace ya algunos años. *Vide*, al respecto, CARMONA SALGADO, C., "La delincuencia de jóvenes y menores: hacia una nueva regulación jurídica". En: *Protección jurídica del menor*, pp. 137-138.

en el supuesto concreto el grado de *desarrollo de su personalidad* moral y mental era o dejaba de ser suficiente como para poder fundamentar su irresponsabilidad criminal por inimputabilidad; criterio este que, a mi juicio, podía –y puede– acarrear una buena dosis de inseguridad jurídica, además de no corresponderse en absoluto con la realidad criminológica actual, que refleja la verdadera problemática que encierra esta particular categoría de infractores, los cuales, pese a haber cometido un hecho delictivo, es decir, pese a ser penalmente imputables(3), no pueden ser sancionados con arreglo a las penas ordinarias que establece el CP, sino que, por el contrario, precisan un tratamiento individualizado que, aunque sea sancionador, se encamine de forma prioritaria a su reeducación y efectiva reinserción social(4).

En definitiva, la mencionada orientación político-criminal trataba de 8
contemplar y resolver el problema desde un prisma distinto al apartarse de una concepción estricta de la imputabilidad atendiendo de forma prioritaria

(3) Por ello me cuesta aceptar esa teoría "conciliadora y ecléctica" respecto de la acumulación del artículo 19 CP y de su correlativa Ley de Responsabilidad Penal del Menor (LRPM) españoles, que sostiene la existencia de una *imputabilidad disminuida y responsabilidad atenuada* para los menores comprendidos entre los 14 y los 18 años, cuyos delitos serán sancionados con las "medidas educativas" establecidas por esta segunda, determinada y controlada su ejecución por los jueces de menores, amén de ejecutadas por las entidades públicas o privadas de las correspondientes comunidades autónomas. Al respecto, Bueno Arús, F., "Menor edad: imputabilidad o inimputabilidad sui géneris. Influencia en este punto de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor". En: *Estudios de Derecho Judicial* N° 110, pp. 364-365.

(4) Críticamente, en torno a la respectiva utilización de estos dos sistemas considerados de forma individualizada, dados los insatisfactorios resultados a los que conducen, Carmona Salgado, C., "Algunas observaciones sobre la responsabilidad penal de los menores a raíz de la LO 5/2000, de 12 de enero". En: *Los derechos humanos. Libro homenaje al Exmo. Sr. D. Luis Portero García*, pp. 114-115. Desde una perspectiva legislativa, ello explica que en los últimos tiempos se haya impuesto en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, de acuerdo, pues, con las orientaciones y acuerdos internacionales existentes sobre la materia, la creación de un Derecho penal juvenil, radicalmente diferente del Derecho penal de adultos, tanto en el régimen de sanciones a aplicar como en el especial procedimiento a seguir para imponerlas a partir de una concepción político-criminal distinta de fundamentación de la presente eximente, en la línea, por ejemplo, del modelo germánico contemplado en la Ley de Justicia Juvenil (JGG) de este país, que se sustenta en el dato esencial de la madurez moral/intelectual del menor, aunque subsidiariamente relacionado con el elemento cronológico relativo a su concreta edad (criterio mixto) al distinguir entre tres categorías específicas de infractores: los niños, de edad inferior a los 14 años, de los que se presume su total inimputabilidad (Art. 19 STGB), los jóvenes, comprendidos entre los 14 a 18 años, objeto central de esta ley (Art. 1 II JGG), a los que solo considera responsables penales si "de acuerdo con su desarrollo moral y mental" son lo "suficientemente maduros para comprender el injusto del hecho o para actuar conforme a su comprensión" (Art. 3, inc. 1 JGG), y, finalmente, los denominados por ella jóvenes-adultos, de edad comprendida entre los 18 a 21, a los que también se les aplicará dicha legislación, aunque solo en supuestos excepcionales; líneas directrices, en parte, seguidas por la legislación española sobre Responsabilidad Penal de los Menores (LO 5/2000) y de las que ulteriormente se fueron apartando las sucesivas reformas operadas en ella hasta culminar en la más reciente, de la mano de la LO 8/2006.

a una contemplación integradora de la culpabilidad y los fines de la pena, en el sentido de entender que ni las exigencias de prevención general (positiva o negativa) ni, mucho menos, las de prevención especial justifican o legitiman la *necesaria* imposición a este grupo de infractores de la pena común de prisión, destinada a los delincuentes adultos, como tampoco el cumplimiento de la misma en los centros penitenciarios ordinarios configurados para su ejecución, pues la extensión a aquellos de este último sistema no solo no complementa las citadas exigencias, sino que se opone contundentemente a ellas, perjudicando y entorpeciendo de forma palmaria la definitiva reinserción social de los mismos, en tanto resulta más adecuado aplicarles un *tratamiento reeducativo específico* en lugar del genuino y *genérico castigo penal*[5], el cual, a la postre, determinaría la ausencia de su propia legitimidad jurídica.

9 Naturalmente, la asunción de estos planteamientos exige un expreso reconocimiento paralelo por parte de cualquier legislador de los presupuestos y principios informadores que deben inspirar toda normativa reguladora de la responsabilidad penal de los menores y adolescentes infractores, incluyéndolos en su texto, mas no como meras declaraciones programáticas, sino como auténticas realidades valorativas, materialmente plasmadas en su concreto articulado; cuestión esta que deja mucho que desear, al menos en lo que se refiere al actual sistema español, como consecuencia de tan sucesivas como endurecedoras reformas que, lamentablemente, ha tenido que soportar el texto

(5) Sobre la base de tales planteamientos, ROXIN ya recurrió en su día al particular y más amplio concepto jurídico de "responsabilidad" a efectos de aunar "culpabilidad" y "fines preventivos de la pena", sosteniendo que si en las infracciones cometidas por menores puede apreciarse la existencia de una culpabilidad disminuida, lo que está, en cambio, ausente en ellas es la "necesidad preventiva" del castigo. *Vide* ROXIN, C., *Strafrecht Allgemeiner Teil. Grundlagen Aufbauder Verbrechenslehre*, p. 779 ss. Rdn. 49-54; misma opinión mantenida por este autor en la cuarta y última edición de esta obra, München, 2006, así como en ROXIN, C., *La teoría del delito en la discusión actual*, en particular al referirse a los cambios de la teoría de los fines de la pena, p. 73 ss. En una línea parecida, MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, en particular, p. 586, mar. 45. En opinión de PORTILLA CONTRERAS, no era imprescindible recurrir a una nueva categoría dogmática supralegal, pues el resultado deseado de reducir la intervención penal en estos casos puede alcanzarse "desde una construcción de la teoría del bien jurídico con perspectivas minimizadoras y una concepción preventiva de la pena tendente a lograr la resocialización real de los menores y jóvenes". *Vide* PORTILLA CONTRERAS, G., "Fundamentos teóricos de una alternativa al concepto tradicional de inimputabilidad del menor". En: *Protección jurídica del menor,* pp. 108-109. En p. 109 ss., el autor establece las que, a su juicio, debían ser las bases de una alternativa al concepto de responsabilidad penal del menor, examinando para ello la teoría del *labelling approach*, el movimiento de la criminología crítica, así como otros planteamientos despenalizadores, junto a determinados criterios de selección de los bienes jurídicos desde la óptica del principio de intervención mínima. *Vide*, asimismo, GIMBERNAT ORDEIG, E., "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?". En: *Estudios de Derecho penal*, p. 157; y SILVA SÁNCHEZ, J., "La política criminal ante el hecho penalmente antijurídico cometido por un menor de edad". En: *Estudios Jurídicos* Nº 8, pp. 14-17.

originario de la LO 5/2000 (LRPM), hasta producirse –hasta el momento– la última de ellas (LO 8/2006), entrada en vigor el 5 de febrero de 2007, de contenido y corte ideológico bastante más represivos y censurables que los que inspiraron la primigenia redacción de la misma. Pero, sobre esta cuestión, en concreto, volveremos más tarde(6).

10 En consecuencia, la elevación de la mayoría de edad penal a los 18 años, coincidente, pues, con la mayoría de edad civil, operada tanto por el CP español de 1995 (ex artículo 19), como por la mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, junto a la previsión de una especial forma de responsabilidad penal de los menores de dicha edad y mayores de catorce, demuestra de forma palmaria la imposibilidad de fundamentar la presente eximente y la consecuente exclusión del CP de quienes no han alcanzado ese tope en el dato de su absoluta falta de imputabilidad, que sigue siendo a fecha de hoy el criterio legal esgrimido por el artículo 20.2 del CP peruano cuando los declara inimputables, tras haber hecho lo propio respecto de los que padezcan alteraciones y otros trastornos psíquicos similares que les impidan comprender el ilícito penal y determinarse conforme a esa comprensión, si bien es cierto que dicha declaración normativa de ausencia de capacidad de culpabilidad solo se recoge textualmente en el apartado 1 del citado precepto con relación a este segundo grupo de supuestos y no, en cambio, en el apartado 2 del mismo, que únicamente alude al *menor de 18 años*, sin mayor precisión, lo que no es óbice para entender que al estar este legalmente incluido bajo la rúbrica genérica sobre "inimputabilidad" que acompaña al artículo 20 el fundamento de su exención de responsabilidad criminal reside en el exclusivo dato cronológico y en la presunción *iuris et de iure* (criterio biológico puro) de que por debajo de ese tope de edad cualquier niño o adolescente que cometa un hecho delictivo carece de capacidad de culpabilidad, debiendo entonces aplicársele la normativa recogida en el Libro IV del mencionado *Código de los Niños y Adolescentes*, que, en particular, versa sobre la *Administración de Justicia Especializada* para estos casos.

11 Así pues, en este particular contexto se requiere la paralela previsión legal de una específica regulación jurídica, que en el Ordenamiento peruano se recoge en ese otro cuerpo legal, de extensas dimensiones legislativas, fechado el 21 de julio de 2000, que sanciona con *medidas socioeducativas*, entre las que se encuentran las de internamiento, al *adolescente* menor de dieciocho años y

(6) No obstante, una valoración crítica y global de ese regresivo proceso reformista sufrido por la legislación penal española sobre menores puede verse en: CARMONA SALGADO, C., "Consideraciones críticas sobre las sucesivas reformas de la legislación penal de menores a partir de la LO 5/2000. La nueva LO 8/2006". En: *Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario La Ley Penal* Nº 45, p. 57 ss.

mayor de doce que cometa un hecho delictivo (Arts. 183 y 229 CNA), reservando para los *niños*, esto es, para los infractores que aún no han alcanzado este límite de edad, las que califica como simples *medidas de protección* (Arts. 184 y 232 CNA), de naturaleza tutelar, estrictamente familiar o asistencial, puesto que, en buena lógica, su corta edad determina la absoluta incapacidad de culpabilidad de los mismos (criterio biológico-cronológico puro), quienes, a todos los efectos, permanecen *extramuros* del Ordenamiento punitivo (CP y legislación especial). Por lo tanto, si mi interpretación no es errónea, debe entenderse que el CNA reconoce a los adolescentes comprendidos en la franja de los doce a los dieciocho años que cometan un hecho delictivo la posibilidad de incurrir en una *modalidad especial de responsabilidad jurídica*, que en ninguno de los pasajes de dicho texto legal se dice expresamente sea de naturaleza *penal* (de hecho, solo alude a los "adolescentes infractores"), sino más bien correctora, tutelar o correccional (*medidas socioeducativas*)[7], de conformidad con la declaración incondicionada de inimputabilidad que contiene el artículo 20.2 del CP peruano, y que recae, como ya hemos señalado, sobre *todos los menores de 18 en general*, en la misma línea en que lo hiciera en su tiempo el derogado artículo 8.2 del antiguo texto punitivo español, que los reenviaba a la entonces vigente Legislación Tutelar, hoy derogada y sustituida por la LO 5/2000 (LRPM), parcialmente inspirada en la *Jugendgerichtsgesetz* alemana (JGG), como también lo fuera la fórmula recogida en dicho precepto por la más novedosa del artículo 19 del CP de 1995, a mi juicio, bastante más acertada y acorde con las modernas tendencias político-criminales existentes sobre la minoría de edad.

12 En resumen: los *adolescentes* comprendidos entre los doce y los dieciocho años que cometan un hecho delictivo, según se desprende de la normativa peruana complementaria al CP de este país, citada *supra*, no tienen *capacidad alguna de culpabilidad* resultando, en consecuencia, plenamente inimputables, en cuya virtud, y en orden a los criterios político-criminales antes señalados,

(7) En esta línea de pensamiento parece ubicarse BUENO ARÚS, para quien la legislación española ha cometido un disparate con la regulación de la responsabilidad de los menores, precisamente por empeñarse en que fuera "penal", reclamando al legislador la vuelta al sistema anterior a 1995-2000, sin perjuicio de que las medidas correctoras, pedagógicas o educativas se modernicen todo lo que haga falta, pero en dos sistemas paralelos, en el que uno sea "penal" y el otro "tutelar", lo que no equivale a afirmar que este segundo, sancionador de los menores infractores, sea un sistema penal "bis" o algo *light*, sino que entre ambos hay un cierto parentesco, pues, después de todo, regulan cuestiones análogas, concluyendo que es hora de que el legislador español se percate de que es una *contradictio in terminis* que en nuestro país se siga hablando de "delincuencia juvenil" o "Derecho penal de menores", por lo que propone dejar de utilizar dicha terminología. *Vide* BUENO ARÚS, F., "Menor edad: imputabilidad o inimputabilidad sui géneris. Influencia en este punto de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor". *Op. Cit.*, p. 358 ss.

a pesar de no poder ser declarados culpables ni conforme al CP ni tampoco conforme al CNA, pero haber cometido, no obstante, un hecho "punible tipificado como delito o falta en la ley penal" (adolescente infractor, según el Art. 183 CNA) deberán recibir un tratamiento corrector, socioeducativo mediante la imposición de determinadas medidas de esta índole de cara a su futura reinserción social, finalidad que puede lograrse con bastante más probabilidad de éxito si se les administra una de estas sanciones específicas que si se les aplica cualquier otra de naturaleza estrictamente penal.

Como consecuencia de lo hasta ahora expuesto, y admitiendo mi plena 13
conciencia de que el actual sistema jurídico español en materia de regulación, tratamiento y ejecución de las sanciones legalmente previstas para los menores de edad infractores ha sufrido un enorme retroceso en los últimos tiempos, dejando mucho que desear en determinados aspectos concretos, fundamentalmente como resultado de las múltiples y nefastas reformas que ha tenido que soportar, lo que significa que tampoco puede enarbolarse como modelo ejemplar a seguir, entiendo, no obstante, que sería aconsejable una revisión legal de tan genérica y absoluta declaración de inimputabilidad como la que contiene la formula el artículo 20.2 del CP peruano, salvedad hecha, lógicamente, de los niños de edad inferior a los doce años, la cual podría quizás sustituirse por una nueva disposición legal, ubicada *extramuros* del citado artículo, que incorporara una cláusula de exención de la responsabilidad criminal y exclusión de aquellos del ámbito del CP ordinario remitiéndolos a la legislación y específico tratamiento que les dispensa el CNA, en términos, pues, similares a lo que contiene el artículo 19 CP español o el artículo 10 *StGB* y sus respectivas disposiciones concordantes[8]. A tales efectos, el primero de esos preceptos señala que "los menores de dieciocho años no serán responsables conforme a este Código. Cuando un menor de edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la Ley que regula la responsabilidad penal del menor", declaración esta que debe completarse con lo establecido en el artículo 3 LRPM: "cuando el autor de los hechos mencionados en los artículos anteriores sea menor de 14 años, no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la presente Ley, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes (...)".

(8) El artículo 10 *StGB* señala que siempre y cuando la Ley Penal Juvenil (*Jugengendgerichtsgesetz*) no disponga lo contrario, los hechos delictivos cometidos por menores y adolescentes se regirán por el texto punitivo germano. A su vez, el artículo 19 *StGB* declara que el niño que en el momento de cometer el hecho delictivo no haya aún cumplido los 14 años se considera inimputable (incapaz de culpabilidad).

II. Tratamiento específico de los menores infractores en el Código peruano de Niños y Adolescentes

1. Aspectos sustantivos de esa regulación jurídica: las medidas socioeducativas y sus criterios de aplicación

14 Una vez declarados inimputables por el CP peruano los menores de dieciocho años, su específico tratamiento y administración especializada de justicia cuando hayan cometido un hecho delictivo, ya en calidad de autores, ya de partícipes, se contempla en un amplio cuerpo legal, que lleva por título *Código de los Niños y Adolescentes* (CNA) y, más concretamente, en el Título II de su Libro IV[9]. A los efectos que ahora interesan, debemos descartar de antemano del presente comentario a esa particular categoría de infractores de la ley penal que el citado cuerpo legislativo denomina *niños*, que no son otros que los menores que no hayan alcanzado los 12 años edad, a los que el artículo 184, en conexión con el 242, somete a determinadas *medidas de protección*, de naturaleza tutelar, familiar o asistencial, que en esos casos podrá imponerle el juez especializado y que son las siguientes: a) cuidado en el propio hogar mediante orientación de los padres o responsables de los mismos para que cumplan sus obligaciones con el apoyo y seguimiento temporal a cargo de Instituciones de Defensa; b) participación en un programa oficial o comunitario de defensa con atención educativa, de salud y social; c) incorporación a una familia sustituta o colocación familiar; y d) atención integral en un establecimiento de protección especial.

15 Este tope de edad era el mismo que contemplaba la antigua normativa española sobre tribunales tutelares de menores, tanto en su versión originaria del TR de 11 de junio de 1948, como en la ulterior y provisional modificación sufrida por la LO de 5 de junio de 1992 sobre reforma de la Ley Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, consecuencia de la promulgación de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de febrero de 1991, que declaró inconstitucional y, por lo tanto, nulo, el artículo 15, del primero de esos textos legales, determinando la necesaria reglamentación de un nuevo proceso ante los juzgados de menores que, pese a sus especialidades y a la particular naturaleza de los sujetos implicados en el mismo, debía integrar todas las garantías derivadas de la Carta Magna española. Según ambos textos legales cuando el niño, autor de un delito o una falta penal, no hubiere aún alcanzado los 12 años sería puesto a disposición

(9) Ley N° 27337. Texto promulgado el 21 de julio de 2000 y publicado el 7 de agosto de 2000.

de las instituciones administrativas de protección de menores, fuere cual fuere la gravedad del caso. Con posterioridad, la LO 5/2000 (LRPM), siguiendo las pautas y recomendaciones internacionales y europeas dictadas sobre la materia, al elevar hasta dieciocho el tope máximo de la mayoría de edad penal, antes cifrado en los dieciséis, equiparándolo así con la mayoría de edad civil, hizo lo propio con el anterior límite mínimo y lo fijó en los catorce años, por debajo del cual el menor infractor es considerado totalmente inimputable a efectos penales (Art. 3 LRPM).

16 En este orden de cosas, y partiendo de la premisa de que la concreción de un determinado límite de edad es competencia del legislador, esencialmente basada en criterios político-criminales y, por lo tanto, susceptibles de compartirse o discrepar de ellos, lo cierto es que, a fecha de hoy, la mayoría de los sistemas jurídicos de nuestro entorno han elevado ese tope mínimo siguiendo las modernas indicaciones sociológicas apuntadas sobre la materia, que consideran que en las sociedades industrializadas la etapa de la denominada "adolescencia" se ha prolongado en los últimos tiempos, sobre todo como consecuencia de la ampliación de los periodos de formación escolar obligatoria, que en la mayor parte de los países europeos, incluida España, se cifra en los dieciséis años; dato al que, de la mano de la Psicología del aprendizaje, cabe añadir que el desarrollo de este depende del incremento de su edad y de los procesos de aprendizaje mismos. Sin embargo, como digo, no se trata de una cuestión unánimemente compartida por la doctrina especializada y, aunque minoritarias, existen opiniones disidentes que califican de desacertado y poco realista el criterio utilizado en su día por el legislador español consistente en elevar en un par de años dicho límite inferior(10). Por el contrario, algún autor

(10) Esta opinión, por ejemplo, se recogió en el Informe de la Fiscalía General del Estado al Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora de la responsabilidad penal de menores, de fecha 2 de octubre de 1997, pp. 16-17. Por su parte, el proyecto de ley lo cifró en los trece años, aprobándose definitivamente el límite de los catorce tras mayoritaria aprobación del mismo en la tramitación parlamentaria de esta ley. Particularmente, también tuve mis dudas en su momento sobre esta puntual cuestión. Al respecto, *vide* CARMONA SALGADO, C., "Algunas observaciones sobre la responsabilidad penal de los menores a raíz de la LO 5/2000, de 12 de enero". *Op. Cit.*, pp. 110-112, dudas que con el paso del tiempo he ido despejando a favor del límite de los catorce años, que me parece más adecuado desde una perspectiva preventivo-especial y esencialmente reeducadora del menor infractor. Sobre este aspecto, recientemente, CARMONA SALGADO, C., "Consideraciones críticas sobre las sucesivas reformas de la legislación penal de menores a partir de la LO 5/2000. La nueva LO 8/2006". *Op. Cit.*, pp. 58-60. En 2008, el entonces presidente del Partido Popular de España, Mariano Rajoy, anunció a través de los medios de comunicación que uno de los puntos más relevantes de su programa electoral consistía en "endurecer" aún más la, en ese momento, vigente legislación de menores y que si ganaba las elecciones nacionales, que se celebrarían el día 9 de marzo de 2008, incluiría en ella a los menores de 12 a 14 años que cometan delitos graves; craso error político-legislativo donde los hay, de carácter puramente regresivo y netamente electoralista.

lo estima todavía insuficiente al entender que por debajo de los dieciséis años ningún menor infractor tendría que ser sancionado en vía penal, aún cuando ello pudiera justificarse por razones preventivas, debiendo quedar exclusivamente sometido al ámbito civil o gubernamental asistencial[11].

17 Así pues, las modernas tendencias internacionales en materia de Derecho penal juvenil y de Justicia de menores, surgidas en los últimos años del siglo XX y esencialmente basadas en la imperiosa necesidad de que los diferentes Estados elaboraran un nuevo sistema legal más acorde con la normativa internacional existente sobre derechos humanos, fueron haciendo mella en el Derecho comparado, que paulatinamente procedió a sustituir su tradicional y arcaico modelo tutelar por otro relativo a la responsabilidad de los mismos, incluyendo aspectos garantistas del procedimiento y elaborando un elenco de consecuencias jurídicas adecuadas al perfil de tales menores con miras a su reeducación y efectiva reinserción social[12]. Tal sucedió, por ejemplo, en Centroamérica, a partir de la ratificación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño[13], ocurriendo otro tanto en Perú, país que, pese a sufrir en los últimos tiempos un importante incremento de la delincuencia en este contexto, así como de la conflictividad juvenil en general, cuenta no obstante en la actualidad con un sistema normativo especial dedicado a su específico tratamiento, como ya hemos tenido ocasión de indicar en otros lugares de este texto, y del que nos ocupamos ahora con mayor detenimiento, el cual, pese a estar integrado por un conjunto de disposiciones legales que, por sí mismas, no configuran un cuerpo legislativo autónomo e independiente,

(11) Así, García Pérez, O., "Los actuales principios rectores del Derecho penal juvenil: un análisis crítico". En: *Revista de Derecho Penal y Criminología* N° 3, pp. 70 ss.

(12) Entre tales instrumentos internacionales cabe citar el Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en Caracas, en el año 1980, las conocidas como Reglas de Beijing, adoptadas en noviembre de 1985 por la Asamblea General de Naciones Unidas; las "Directrices de Riad", también aprobadas en el seno de Naciones Unidas, en diciembre de 1990 y, probablemente, la más relevante de todas por su extraordinario alcance, ya citada en el texto, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, celebrada en noviembre de 1989. A nivel europeo, también se pronunció en la misma línea reformista el Consejo de Europa mediante la adopción de diversas resoluciones y recomendaciones realizadas a sus Estados miembros, cual fuera el caso de la resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de fecha 29 de noviembre de 1978, o la recomendación de ese mismo comité, de 17 de septiembre de 1987. Con más detalle sobre esta doctrina internacional y europea de los últimos tiempos, *vide* Landrove Díaz, G., *Introducción al Derecho penal de menores*. *Op. Cit*., pp. 53-63.

(13) De hecho, así ocurrió en El Salvador, Costa Rica y México, países que disponen de legislaciones específicas en materia penal juvenil, la primera de fecha 1 de octubre de 1994, la segunda de 1 de mayo de 1996 y la tercera de 24 de diciembre de 1991. En cambio, Honduras, Nicaragua, Guatemala y Brasil más en línea con el sistema legislativo seguido en el Perú a través del Código de los Niños y Adolescentes, integran su normativa al respecto en normativas de contenido más amplio, que tratan de forma integral la protección de los menores y la infancia.

como sucede, en cambio, en otros ordenamientos, sino que forman parte de un Código, de extenso contenido, que aborda la tutela del niño y del adolescente desde una perspectiva integral, resulta, en principio, bastante acorde con las directrices y reglas fundamentales existentes a nivel supranacional, aunque, eso sí, bastante más escueto en lo que a reglamentación concierne y, en algunos aspectos, de corte algo represivo, probablemente como respuesta legal a la necesidad de hacer frente a la inseguridad ciudadana suscitada en dicho país como consecuencia de la mencionada coyuntura.

Centrémonos ahora, pues, en el bloque de menores infractores a los que el 18
artículo 183 CNA peruano denomina *adolescentes*, es decir, los comprendidos en la franja de edad de los doce a los dieciocho años y cuya responsabilidad criminal haya sido determinada como autores o partícipes de un hecho punible tipificado como delito o falta en la ley penal, a los que corresponde imponer como consecuencia jurídica una medida de naturaleza *socio-educativo* cuando sea necesaria para su reintegración social (Art. 214 CNA). Pese a que ello suponga invertir el orden sistemático de regulación, seguido por este vasto cuerpo legal en la materia que nos ocupa, que antepone la contemplación de aspectos procedimentales a otros de orden sustantivo, me parece más conveniente, por razones puramente metodológicas, abordar, en primer término, el estudio del catálogo de medidas legalmente previstas, así como de los criterios que deben utilizarse para su aplicación, a efectos de proceder después a analizar ciertas cuestiones relativas al procedimiento especial que se dirige a su concreta adopción, así como al papel y a las atribuciones que este Código atribuye para su tramitación tanto al fiscal como al juez. Pero antes de afrontar este doble cometido resulta imprescindible traer a colación con carácter previo la declaración que contiene el artículo 191 en particular, pues, a mi juicio, refleja la esencia y finalidad última perseguida por esta específica normativa reguladora de la responsabilidad de los adolescentes infractores, así como los criterios que deben inspirar y regir el proceso judicial que ha de tramitarse para seleccionar e imponerles la medida socioeducativa más idónea a su peculiar perfil criminológico. A tales efectos, y bajo la genérica rúbrica de "Rehabilitación", el mencionado precepto señala lo siguiente: "El Sistema de Justicia del adolescente infractor se orienta a su rehabilitación y a encaminarlo a su bienestar. La medida tomada al respecto no solo deberá basarse en la gravedad del hecho sino también en las circunstancias personales que lo rodean". Junto a esta declaración, el artículo 229 CNA insiste en la *finalidad rehabilitadora* del adolescente infractor que tienen por objeto las medidas socioeducativas, añadiendo el artículo 230 que el juez, al señalarlas, *tendrá en cuenta la capacidad* del mismo para cumplirlas, quedando radicalmente prohibidos los trabajos forzados.

19 De este cúmulo de preceptos pueden extraerse las siguientes conclusiones en torno a los principios informadores de la legislación peruana vigente en esta materia. Ya de entrada, se aprecia que la manifestación legal contenida en el primero de esos preceptos, es decir, el artículo 191, consta de dos partes diferenciadas, aunque estrechamente vinculadas entre sí: una primera, que proclama abiertamente la que debe constituir finalidad prioritaria en cualquier sistema moderno de Justicia juvenil que se precie de serlo, a saber, la *reeducación* de esta particular categoría de infractores, sumada a la premisa relativa a la búsqueda de su "bienestar", esto es, del "interés superior" de los mismos, en terminología utilizada por la normativa española vigente sobre la materia[14], puesto que una orientación sancionadora, de naturaleza exclusivamente *retribucionista,* obstaculizaría –por no decir impediría del todo– la consecución de su futura y definitiva reinserción social; y, otra segunda parte, que señala los criterios a seguir a la hora de adoptar la medida, destacando que frente a la *gravedad por el hecho* cometido deben también considerarse las *circunstancias personales del autor.* En la adecuada conjunción y equilibrada ponderación de ambos elementos legales reside, en mi opinión, la esencia y, en general, el éxito resocializador de esta normativa en el ámbito de delincuencia juvenil, al igual que sucede en el marco de la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno cultural que optaron en su día por incorporar un sistema moderno, actualizado y político-criminalmente idóneo para lograr una

(14) La LRPM española, tal y como su texto originario ha quedado redactado tras la última reforma sufrida por la LO 8/2006, alude expresamente en múltiples ocasiones al "interés superior" del menor como uno de los principios rectores que la inspiran, sobre todo en su propia "Exposición de motivos", la cual, dicho sea de paso, no ha experimentado, en cambio, modificación paralela alguna al hilo de las múltiples y sucesivas alteraciones recaídas en los seis últimos años en su texto articulado, todas de corte vindicativo y agravatorio del sistema, desavenencia legislativa que pone de manifiesto la intrínseca contradicción existente entre las declaraciones generales recogidas en su preámbulo, de finalidad eminentemente *resocializadora* de los menores y jóvenes infractores, basadas, pues, en prioritarias exigencias de *prevención especial*, y determinados aspectos sustantivos y procesales de dicha ley, en particular concernientes a la comisión de infracciones de cierta entidad, que han terminado por *sustituir* dichos *principios informadores* por otros, de naturaleza bien distinta, como es el de *proporcionalidad* por la gravedad del hecho, más propios del Derecho penal de adultos que del de menores, de todo punto incompatible con la finalidad que este segundo persigue. Críticamente, en torno a esas reformas parciales de la originaria LO 5/2000 española, Carmona Salgado, C., "Consideraciones críticas sobre las sucesivas reformas de la legislación penal de menores a partir de la LO 5/2000. La nueva LO 8/2006". *Op. Cit.*, pp. 62-65. En el mismo sentido crítico en cuanto a la discordancia legislativa existente entre algunas de las declaraciones recogidas en la "Exposición de motivos" de la primigenia LO 5/2000 y determinados preceptos de su texto articulado, ya con anterioridad a producirse la última y nefasta reforma de esta ley penal especial por obra y gracia de la citada LO 8/2006, entrada en vigor el día 4 de enero de 2007, *vide* con más detalle, Carmona Salgado, C., "Las medidas y sus criterios de determinación en la Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores". En: *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal. Formación de fiscales especialistas de menores*. T. I, pp. 917-920.

mejor reinserción de esta peculiar categoría de infractores, puesto que se trata de combinar de la manera más acertada posible criterios de naturaleza tan diametralmente opuesta, como son, de un lado, la *proporcionalidad por la entidad del hecho* y los fines de *retribución* y justicia material, basados en exigencias *preventivo-generales* (de prevención general positiva y negativa), más propios de un Derecho penal de adultos, y, de otro, el tratamiento individualizado del adolescente infractor, según sus circunstancias personales y sociales, junto a los fines eminentemente resocializadores del mismo, fundamentados en exigencias preventivo-especiales, distintivos de un genuino Derecho penal de menores y de su paralelo Sistema de justicia juvenil. Del resultado obtenido de esa labor ponderativa llevada a cabo en cada caso concreto, sin olvidar el carácter prioritario que debe otorgarse al segundo de ellos en este peculiar contexto, dependerá el mayor o menor grado de eficacia rehabilitadora y de reinserción social de tales adolescentes contemplados por esa legislación específica.

Así las cosas, veamos cuáles son las medidas socioeducativas que a tales 20
efectos regula el artículo 217 CNA, y, en particular si, dada la naturaleza de cada una de ellas, resultan o no idóneas para dar una respuesta satisfactoria a los fines arriba referidos. El mencionado precepto, que sigue un orden de prelación de menor a mayor gravedad de las mismas es, desde luego, mucho menos abigarrado y prolijo que su homónimo español, el artículo 7 de la LRPM, censurado hasta la saciedad por la doctrina especializada, entre otras muchas razones, por el "fraude de etiquetas" al que se considera recurre por denominar "medidas" a la generalidad de las sanciones que contiene, cuando, en verdad, solo algunas de ellas gozan de esa especial naturaleza, y únicamente las relativas al internamiento terapéutico y al tratamiento ambulatorio del menor pueden considerarse verdaderas *medidas de seguridad*, habiéndose calificado de puro "eufemismo" dicho etiquetado, puesto que el resto de las contempladas por él no son sino auténticas "reacciones punitivas", basadas en la imputabilidad del menor infractor[15].

Pues bien, el artículo 217, a) del CNA peruano alude, en primer término, 21
a la *amonestación* del adolescente, describiéndola el artículo 231 como "la recriminación al adolescente y sus padres responsables". Se trata de una medida asimismo contemplada, tanto en la derogada normativa española como en la actualmente vigente, concretamente en el apartado 1) del artículo 7.1 LRPM. De antigua raigambre y frecuente aplicación práctica, al menos a lo largo de

(15) Especialmente crítico al respecto, TAMARIT SUMALLA, J., "El nuevo Derecho penal de menores. ¿Creación de un Derecho penal menor? En: *Revista Penal* Nº 8, p. 78.

la historia legislativa sobre menores existente en España, ha sido, no obstante, objeto, y con razón, de severas críticas por parte de cierto sector de la doctrina al apelar a su carácter represivo o meramente aflictivo, en absoluto resocializador, pues una simple "reprimenda verbal" dirigida al adolescente que ha cometido una infracción penal, al tiempo que a sus padres, por leve que esta sea, normalmente constitutiva de falta, no goza de la finalidad ni de los efectos reeducadores precisos, aunque, desde una óptica distinta, y dada la nimiedad del hecho perpetrado, se acepta, en cambio, la "validez" de la medida, siempre y cuando el juez no se limite al imponerla ni a emitir, sin más, un mero juicio de reprensión y reproche hacia el menor, sino que, por el contrario, trascendiendo al plano esencialmente educativo del mismo le haga "comprender" e "interiorizar" el daño causado a la víctima, así como las consecuencias negativas que para ella se desprenden de su comisión(16).

22 En este orden de cosas, y aunque personalmente no me muestro en absoluto partidario de esta medida, por la sencilla razón de que no goza de valor educativo de ninguna clase, pues, además de ser claramente represiva, su poder disuasorio es muy escaso, por no decir nulo, pienso que de seguir manteniéndose vigente, ya en el sistema peruano, ya en el español, sería, al menos, recomendable que a efectos prácticos no se aplicara de forma aislada, sino conjuntamente con otra/s, incrementando de esta forma su capacidad educacional, ya que es un hecho constatado que determinados adolescentes infractores no se muestran demasiado receptivos frente a la misma cuando se les ha impuesto aisladamente, en tanto su imposición en estos términos les hace experimentar una especie de "vacío", similar a la "no existencia" de medida alguna(17).

23 La letra b) del artículo 217 CNA contempla como segundo instrumento socio-educativo la *prestación de servicios a la comunidad*. Según el artículo 232 de dicho cuerpo legal esta consiste en la "realización de tareas acordes a la aptitud del adolescente, sin perjudicar su salud, escolaridad ni trabajo, por un período máximo de seis meses". La finalidad inmediata de su imposición no es otra que la de mentalizar al adolescente del perjuicio causado con su conducta infractora, bien a individuos concretos, bien a la colectividad, y que, en consecuencia, debe repararlos mediante determinadas "prestaciones" sociales, las cuales, de cara a una mayor eficacia reeducativa del mismo, deben guardar relación con

(16) De esta opinión, AGUIRRE ZAMORANO, P. "Medidas aplicables en la legislación de menores". MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. (director), *Menores privados de libertad. Estudios de Derecho judicial*, p. 215.

(17) En España, de esta particular opinión, recabada a su vez de la doctrina alemana, ABEL SOUTO, M., "Las medidas del nuevo Derecho penal juvenil (consideraciones en torno al artículo 7 de la ley penal del menor". En: *Actualidad Penal* Nº 6, p. 148 y bibliografía germana allí citada.

la naturaleza de la infracción cometida y del bien jurídico lesionado. El CNA no especifica nada al respecto, pero, lo lógico es que la medida se adopte con la concurrencia del consentimiento de aquel, pues, de lo contrario, se le podría estar sometiendo a la realización de trabajos forzados, constitucionalmente prohibidos, como también lo están por el ya citado artículo 230 de este Código, amén del escaso –o nulo– efecto educativo y resocializador que conllevaría una medida de este tipo, *a priori* muy positiva a ambos efectos, si fuera "impuesta" por la autoridad judicial en contra de su voluntad. No obstante, cierto sector de la doctrina especializada entiende que de existir oposición por parte del mismo en cuanto a su cumplimiento, siendo ya firme la sentencia o durante la ejecución de las prestaciones señaladas en ella, lo normal será que se proceda a sustituirla por otra de la misma o parecida naturaleza, aunque no deba ser más gravosa para él en cuanto conlleve una mayor restricción de sus derechos[18]. En cualquier caso, la utilidad de la medida es evidente, pues, de una parte, incide positivamente sobre el adolescente ayudándole a adquirir determinados conocimientos relacionados con los servicios específicos prestados a la comunidad, así como a tomar conciencia y aprender a responsabilizarse de sus propios actos, y, de otra, contribuye a implicar a la sociedad en esta clase de conflictos juveniles; de ahí que su contenido material coincida, en esencia, con la pena de realización de trabajos en beneficio de la comunidad, regulada en el artículo 34 del CP peruano. Para salvaguardar estas garantías del joven infractor el CNA prevé expresamente que los servicios prestados por él serán supervisados por personal técnico de la "Gerencia de Operaciones de centros Juveniles del Poder Judicial" en coordinación con los gobiernos locales (Art. 232 CNA).

Parece, pues, lógico que a efectos de lograr una mayor eficacia educativa 24
mediante la imposición de esta medida su ejecución se haga compatible con el horario escolar o profesional del joven infractor, evitando así interferencias disfuncionales, por lo que se ha propuesto que, de ser posible, su cumplimiento se lleve a cabo durante los fines de semana, no debiendo sobrepasar la jornada de prestación de servicios un máximo de cuatro horas si este no ha alcanzado aún los dieciséis años y de ocho si fuera mayor de dicha edad. Por lo general, su aplicación práctica está destinada a sancionar la comisión por el adolescente de infracciones de naturaleza eminentemente patrimonial (daños, hurtos, utilización de vehículos de motor, etc.); por ello suele materializarse en la realización de tareas de limpieza, reparación o mantenimiento

(18) De esta opinión, Cezón González, C., *La nueva ley orgánica reguladora de la* responsabilidad *penal de los menores*, p. 59. Al respecto, *vide* también, Ornosa Fernández, M., *Derecho penal de menores*, p. 180 (existe una edición ulterior de esta obra, del año 2007).

de centros o instalaciones públicas, tales como hospitales, asilos, bibliotecas, jardines y parques, etc.[19].

25 La tercera medida socioeducativa contemplada en la letra c) del artículo 217 CNA es la relativa a la *libertad asistida* del menor infractor, que el artículo 233 define como la designación por la Gerencia de Operaciones de Centros Juveniles del Poder Judicial de "un tutor para la orientación, supervisión y promoción" del mismo y de su familia, cuya duración no podrá exceder de ocho meses debiendo este presentar informes periódicos al respecto. Frecuentemente utilizada a partir de los años 70 por los sistemas de justicia juvenil europeos[20], próximos al ordenamiento español, se la suele calificar de "medida estrella" a efectos educativos y resocializadores del mismo. Su finalidad radica en encargar a determinados profesionales, denominados "tutores" en la legislación peruana, la labor de seguimiento y control de sus actividades durante el tiempo determinado por el juez en la sentencia, actividades entre las que cabe destacar su asistencia al centro escolar, laboral o de formación profesional, con la específica intención de ayudarle a superar los factores que en su día incidieron en la comisión de la correspondiente infracción, las cuales, en ocasiones, pueden completarse con la realización de algún tipo de tareas formativas o educativas, de naturaleza esencialmente sociopedagógica, que en el ordenamiento español, en particular, reciben la denominación de *reglas de conducta*[21], y que deberían cumplirse lo más cerca posible de su entorno familiar

(19) Sobre todos estos extremos, con más detalle, Landrove Díaz, G., *Introducción al Derecho penal de menores*. *Op. Cit*., pp. 82-83; Gómez Rivero, M. "Algunos aspectos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor". En: *Actualidad Penal* N° 10, p. 177; y Carmona Salgado, C., "Las medidas y sus criterios de determinación en la Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores". *Op. Cit*., pp. 939-942.

(20) Dicha medida, que encuentra sus raíces en la legislación germana sobre justicia juvenil, guarda estrecha relación, a juicio de Cezón González, con la figura anglosajona de la *probation*, a igual que con la institución continental de la *sursis avec mis a la preuve*. *Vide* Cezón González, C., *La nueva ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. *Op. Cit*., p. 57.

(21) Un amplio catálogo de tales "reglas de conducta" (hasta siete) se recoge en el artículo 7.1 h) de la LRPM española representando su expresa regulación en ella una evidente innovación legal frente a la derogada normativa (LO 4/1992), que aludía expresamente a la medida de "libertad vigilada" como tal, cuya ejecución se encomendaba a la persona del "delegado", pero omitía, en cambio, toda referencia a las citadas reglas. Algunas de ellas, sin embargo, resultan inherentes a la propia medida educativa, por lo que se entiende que constituyen una clara redundancia respecto de ella, como sucede, por ejemplo, con la relativa a la obligación del menor de "asistir regularmente al correspondiente centro docente". Las restantes vienen a coincidir con ciertas restricciones de determinados derechos del infractor: no acudir a ciertos lugares o espectáculos ni ausentarse del lugar de residencia sin permiso judicial; obligación de residir donde el juez le indique o de someterse a algunos programas educativos complementarios, así como de comparecencia judicial para informar de las diferentes actividades realizadas. Finalmente, la genérica cláusula que contiene las conocidas como "innominadas reglas de conducta", susceptible dada su indeterminación, ambigüedad y

y social, resultando sumamente importante, de cara a su efectiva rehabilitación y ulterior reinserción, evitarle consecuencias indeseadas de desarraigo a ambos niveles, siendo de todo punto recomendable aplicar esta medida respetando la proximidad geográfica entre el joven infractor y la persona encargada de su seguimiento, es decir, su tutor, como imprescindible resulta también que exista una coordinación y colaboración mutua entre dicho personal especializado y los equipos interdisciplinares de tratamiento de las instituciones locales, provinciales o regionales de asistencia, operando entre todos como nexo de unión entre el adolescente y el juez, en los mismos términos en que contempla esta misma previsión legal el artículo 232 CNA para la medida de *prestación de servicios a la comunidad*, anteriormente analizada.

Junto a las dos medidas anteriores, exclusivamente privativas de determinados derechos del adolescente infractor, la letra d) del artículo 217 CNA añade una tercera que denomina de *libertad restringida*, cuya duración no podrá exceder de doce meses, y que el artículo 234 define de la siguiente forma: "la asistencia y participación diaria y obligatoria del adolescente en el Servicio de Orientación a cargo de la Gerencia de Operaciones Juveniles del Poder Judicial, a fin de sujetarse al Programa de Libertad Restringida, tendente a su orientación, educación y reinserción". Esta medida parece corresponderse con la que la LRPM vigente en España califica en el apartado k) de su artículo 7.1 como *realización de tareas socioeducativas*, de perfil eminentemente pedagógico, materializada en la asistencia del menor a programas educativos preexistentes en la respectiva Comunidad o especialmente elaborados para él, según su concreto perfil criminológico, y que, por lo general, conlleva su participación en talleres de aprendizaje, aulas de educación o en cursos de preparación laboral. No obstante lo dicho, en el sistema español, y así lo declara la propia Exposición de Motivos de aquella Ley, la realización de dichas tareas puede operar unas veces de forma aislada, es decir, configurando el contenido esencial y autónomo de la presente medida, y otras, en cambio, conjuntamente con los internamientos o la libertad vigilada como parte integrante y complementaria de estas sanciones. Sin embargo, también cabría equipararla a la consecuencia jurídica contemplada en la letra f) del citado precepto de esa Ley española, dadas las significativas similitudes existentes entre ambas: la de *asistencia a* 26

amplitud, de vulnerar el principio de legalidad, debe ser objeto de una interpretación ágil y flexible de su contenido, siempre orientada a obtener mediante su aplicación la "utilidad educativa" del menor infractor. *Vide*, en torno a estas cuestiones, ABEL SOUTO, M., "Las medidas del nuevo Derecho penal juvenil (consideraciones en torno al artículo 7 de la ley penal del menor". *Op. Cit.* pp. 134-135. Sobre la flexibilidad en la interpretación de la mencionada norma, expresamente, la Circular 1/2000 de la Fiscalía General del Estado, p. 103.

un centro de día, cuya finalidad esencial no es otra que intentar que el menor, pese a seguir residiendo en su domicilio o centro habitual de acogida, desarrolle durante la mayor parte de la jornada un determinado proyecto socioeducativo dentro de un ambiente bien estructurado, que, al menos en algunos casos, le permita en cierto grado compensar diversas carencias familiares, afectivas o provenientes de su entorno social en general con las que tiene normalmente que convivir[22].

27 La última y más severa de las sanciones que contempla el CNA peruano es la relativa a la *internación* de los adolescentes infractores. Como señala su artículo 235, ya no se trata de una medida privativa de derechos sino *privativa de la libertad* de los mismos, debiendo aplicarse como último recurso por el mínimo período necesario, que, en principio, no podrá exceder de *tres años*. Su mayor severidad responde, pues, a la concurrencia de tres criterios alternativos: particular entidad de la conducta cometida, ya que solo se aplicará cuando esta sea *dolosa* y el delito perpetrado se encuentre castigado en el CP con *pena superior a cuatro años*; coexistencia de la circunstancia de *reiteración* en la ejecución de *otras infracciones graves*; o *incumplimiento injustificado y reiterado* de la medida socioeducativa impuesta. Esta "medida", en su particular modalidad de cumplimiento en *régimen cerrado*, y al igual que sucede en la generalidad de los ordenamientos que la incluyen en su correspondiente catálogo de sanciones a imponer a los menores y adolescentes infractores, se identifica bastante más con una verdadera "pena juvenil", similar a cualquier otra pena de prisión, propia del sistema ordinario aplicable a los adultos, aunque su cumplimiento deba llevarse a cabo en centros juveniles, exclusivos para ellos, encargándose el "Equipo Multidisciplinario" de emitir un Informe preliminar acerca de su edad, sexo y gravedad del delito cometido a efectos de ubicarlos en los mismos, siendo, además, obligatoria la realización de actividades pedagógicas y la emisión por aquel de evaluaciones periódicas sobre su desarrollo (Arts. 237 y 238 CNA).

28 Esta sanción, duramente criticada por cierto sector de la doctrina española especializada[23], apela al principio de *mínima intervención penal* y *ultima*

(22) Sobre el contenido y finalidad de ambas medidas en la legislación española, CARMONA SALGADO, C., "Las medidas y sus criterios de determinación en la Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores". *Op. Cit.*, pp. 931-933 y 942.

(23) El Grupo de Estudios de Política Criminal, al que tengo el honor de pertenecer como miembro integrante, ya se pronunció en su día en ese sentido. *Vide* GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL. *Manifiesto a favor de una justicia juvenil. Un proyecto alternativo a la regulación penal y procesal de los menores*, p. 16 ss. En la misma línea crítica, LANDROVE DÍAZ, G., *Introducción al Derecho penal de menores*. *Op. Cit.*, pp. 76-77; y CARMONA SALGADO, C., "Las medidas y sus criterios de determina-

ratio con base en el artículo 39.4 de la CE frente a la desmedida aplicación práctica a la que puede llevar, remitiéndose para ello, a su vez, a la normativa supraestatal (tratados internaciones) manifestada en este sentido al esgrimir los efectos criminógeneos y estigmatizadores que conlleva el aislamiento de los mismos a causa del desarraigo familiar y ambiental que esta situación continuada provoca en ellos, factores todos contrarios a los principios orientadores de rehabilitación y reinserción social que deben inspirar a cualquier sistema moderno de justicia juvenil, si bien, dicha apreciación crítica debe relativizarse cuando el internamiento se lleva a cabo en *régimen semiabierto o abierto*, siguiendo la nomenclatura legal española; doble distinción que la vigente legislación peruana no incluye exactamente como tal, aunque sí regula, en cambio, en el artículo 241 CNA el denominado por ella *beneficio de semilibertad*, prácticamente coincidente con el primero de ellos y, en cierta forma, similar y paralelo a la *libertad condicional*, prevista en el sistema penitenciario de adultos, puesto que en estas dos últimas modalidades de internamiento, por lo demás muy parecidas entre sí, por no decir idénticas, es bien cierto que aún tratándose de sanciones privativas de libertad del menor, su incidencia y restricción de la misma es bastante inferior, como lo son los efectos criminógenos señalados, ya que su ejecución conlleva la realización por él de todas o algunas de las actividades propias del proyecto educativo en los servicios normalizados del entorno, es decir, fuera del centro de internamiento, aunque resida habitualmente en él y quede sometidos al programa y régimen propios del mismo, lo que le permite salir de ese aislamiento continuado, tan negativo de cara a su reeducación, al poder relacionarse a nivel personal y social[24].

29 No obstante, y pese a todo, cierto sector doctrinal censura la previsión por parte de la LRPM española de esta trilogía de regímenes de internamiento habiendo solicitado su refundición legal en uno solo, pues, a su juicio, mantener tantos sistemas de cumplimiento conlleva en la práctica el peligro de que

ción en la Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores". *Op. Cit.*, pp. 924-925.

(24) Según la letra b) del artículo 7.1 LRPM, y aunque en relación con este aspecto concreto la legislación española no es demasiado explícita, los menores sometidos al régimen "semiabierto" de internamiento residirán en el centro, pero realizarán fuera del mismo determinadas actividades formativas, laborales, educativas y de ocio, pudiendo disfrutar de algunas salidas del mismo durante los fines de semana si así se lo permite su situación familiar. En cuanto a los sometidos al denominado régimen "abierto", propio de la derogada normativa tutelar de menores, que equiparaba "centros abiertos" a "centros de protección", poca variedad ofrece su ejecución respecto al régimen anterior de internamiento antes señalado, salvedad hecha de que en este segundo el menor realizará todas las actividades educativas en los servicios normalizados del entorno. Así lo manifestó la Circular 1/2000 de la Fiscalía General del Estado, p. 101, sobre criterios de aplicación de las medidas de la LO 5/2000.

se fomente la imposición sistemática del régimen cerrado, aunque acompañado de una hipotética revisión de futuro en atención al expediente de sustitución que contempla el artículo 51 LRPM, según la evolución experimentada por el interno en el transcurso de la medida, que debería, en todo caso, valorar la entidad pública de protección encargada de la ejecución de la misma[25]. En esta línea de pensamiento parece ubicarse la regulación peruana a través de la contemplación por el citado artículo 241 CNA de la medida del *beneficio de semilibertad*, que se aplicará al adolescente que la solicite, por un tiempo máximo de doce meses, cuando "haya cumplido con las dos terceras partes de la medida de internación" a efectos de "concurrir al trabajo o al centro educativo fuera del Centro Juvenil, como un paso previo a su externamiento". Además, la vigente legislación peruana, y me refiero ahora a la nueva versión conferida por el legislador de este país al artículo 240 de dicho Código, el adolescente interno goza de un amplio catálogo de derechos, por cuyo respeto y tutela velará el Equipo Multidisciplinar, a quien ese precepto encomienda la obligación legal de entablar la correspondiente denuncia ante la "Defensoría del Niño y el Adolescente" cuando tuviere conocimiento de que algún/os funcionario del Centro, encargado de velar por su custodia, los hubiere vulnerado. De entre esos derechos, la letra m) del citado artículo incluye expresamente el de "ser evaluado periódicamente en su salud mental, cada seis meses".

30 Con relación a este último aspecto, sorprende que la legislación peruana sobre adolescentes infractores no contemple una "medida de seguridad" –que no meramente socioeducativa– de *internamiento terapéutico y/o ambulatorio* para los supuestos en los que este, al cometer el delito, se encuentre inmerso en alguna causa de inimputabilidad del artículo 20.1 del CP de este país, es decir, que padezca alguna anomalía o alteración psíquica, alguna alteración de la percepción, o una grave dependencia del alcohol y/o las drogas, pues en estos casos concretos se hace imprescindible la previsión legal y paralela creación de centros especializados, dotados de una plantilla de profesionales sanitarios cualificados, competentes para administrarles el tratamiento específico e individualizado que precisan frente a su particular problema psicológico de cara a su futura rehabilitación y reinserción social. Tales medidas se encuentran previstas en la legislación española (Art. 7.1 d) y e) LRPM), como en tantas otras de nuestro entorno cultural, previsión legal que, desde un punto de vista práctico, no equivale en cambio a emitir manifestaciones triunfalistas al respecto, puesto que es un hecho constatado que dichos centros terapéuticos

(25) De esta opinión, Gómez Rivero, C., "Algunos aspectos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor". *Op. Cit.*, p. 182.

no existan como tales, es decir, no al menos en la cantidad que sería precisa, como igualmente sucede con los centros normales de internamiento.

31 Con una ubicación sistemática discutible, que a simple vista invita a la confusión interpretativa, ya que el artículo 239 se halla inmerso entre las disposiciones legales que el CNA destina al internamiento de los adolescentes infractores en concreto, dicho precepto, bajo la rúbrica "Excepción", determina que el juez *podrá prolongar cualquier medida* hasta el *término de la misma* si el adolescente adquiere la *mayoría de edad* durante su *cumplimiento*, el cual *terminará compulsivamente* cuando este alcance los *veintiún años*. Parece, pues, que la mencionada "excepción" lo es respecto del régimen general contemplado en las disposiciones precedentes con relación a la *internación*, por lo que dicha prórroga judicial o finalización compulsiva a las que alude aquel artículo tan solo son predicables de las medidas socioeducativas que no conlleven privación de libertad del adolescente infractor. Esta inicial apreciación se confirma plenamente desde un punto vista legislativo al poner en relación la declaración contenida en el mencionado precepto con la que de manera taxativa incorpora el artículo 179 CNA: el adolescente que "durante el cumplimiento de la media socioeducativa de internación alcance la mayoría de edad será trasladado a ambientes especiales de un establecimiento penitenciario, a cargo del Instituto Nacional Penitenciario para culminar el tratamiento". Se trata de una disposición legal, más o menos coincidente con lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 14 de la LRPM española, redactado conforme a la última reforma operada por la LO 8/2006, de 4 de diciembre, entrada en vigor el día 5 de febrero de 2007, que prevé igualmente esa prórroga cuando el menor alcance la mayoría de edad, continuando el cumplimiento de la medida hasta conseguir los objetivos propuestos en la sentencia. Dicha prolongación excluye de su radio de acción la "pena juvenil" de internamiento en régimen cerrado, ya que, por obra y gracia de esa regresiva reforma, los apartados 2 y del 3 del mencionado precepto, en cuya virtud el juez "podrá" (carácter facultativo, cuando el joven alcance la mayor edad) o "tendrá" (carácter obligatorio, cuando cumpla los veintiún años) que *ordenar el cumplimiento del mismo, o lo que reste de él, en un centro penitenciario común*, de acuerdo con el régimen general previsto por la Legislación penitenciaria de adultos vigente en España (LGP).

32 En este orden de cosas, parece obvio que tanto el legislador peruano como el español, basándose en criterios político-criminales eminentemente retributivos, ha optado en estos casos concretos por sustituir principios rectores como es el *interés superior del menor* y la *reeducación y rehabilitación* del mismo en el que este se traduce, y que se supone deben inspirar cualquier modelo jurídico-penal

moderno educativo-juvenil, incluso aunque se trate de supuestos delictivos graves, por otros de naturaleza vindicativa y defensivo-social apelando a la alarma colectiva que estos supuestos suscitan, pese a que, por fortuna, su comisión suele ser puntual y esporádica, principios que quedarán reducidos a la nada si al alcanzar dichas edades, estando ya cumpliendo la "medida" de internamiento en un centro especializado, se reenvía al joven a un establecimiento carcelario para terminar de cumplimentar lo que le reste de condena, pues, que duda cabe, de que quedarían anulados los resultados positivos que hasta entonces se hubieran alcanzado de cara a su futura reinserción, con no pocos esfuerzos desplegados por las respectivas instituciones públicas y privadas implicadas, así como por las plantillas de profesionales especializados en la laboriosa tarea reeducadora si con posterioridad se le traslada a un centro penitenciario ordinario para que permanezca en él hasta finalizar su condena, dando definitivamente al traste con cualquier posibilidad resocializadora.

33 Cuestión distinta, y no por ello menos cierta, pero que no resta ni un ápice de veracidad a lo que acabamos de decir, es la que atañe a la *fase de ejecución* de las medidas, de la que en el sistema español se encarga el Reglamento Ejecutivo de la LRPM (RDL de 30 de julio de 2004), fase en la que es justo reconocer se plantean en la práctica la mayoría de los problemas de inoperancia e ineficacia de dicha normativa, tanto en la actualidad como bajo el texto primigenio de la LO 5/2000, pues, ya en sus orígenes, esta nació huérfana de la infraestructura necesaria para poner en funcionamiento su ambiciosa y plausible finalidad reeducadora de los menores infractores. Así, y por citar a título de ejemplo alguna de estas carencias infraestructurales, tantas veces denunciada desde diferentes instancias[26], hay que admitir que el sistema español es muy deficiente en cuanto a la disponibilidad de centros específicos de régimen cerrado (en la actualidad prácticamente saturados), semiabierto y terapéutico,

(26) A tales carencias ya se refirió de manera contundente el fiscal general del Estado en las dos memorias correspondientes a los años 2005 y 2006. Piénsese, además, que el reglamento ejecutivo de la originaria LO 5/2000 tardó nada menos que cuatro años en ser aprobado y que entre en vigor, habiendo sufrido tras su aprobación un doble recurso contencioso-administrativo, negativamente resuelto por la Sección 6ª de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en sentencias de 10 y 16 de noviembre de 2006. Por otra parte, y puesto que en el sistema español las comunidades autónomas tienen legalmente traspasadas las respectivas competencias en materia de ejecución de las medidas, debe insistirse en la necesidad de que movilicen, sin mayor dilación, los recursos destinados al efecto, incrementando, por ejemplo, las plantillas del personal especializado en la atención y resolución de los conflictos que suscita la delincuencia juvenil (jueces, fiscales y miembros de los equipos técnicos), si bien es cierto que algunas de ellas hace ya tiempo que tomaron cartas en el asunto. Una visión más completa de esta problemática puede verse en CARMONA SALGADO, C., "Consideraciones críticas sobre las sucesivas reformas de la legislación penal de menores a partir de la LO 5/2000. La nueva Ley 8/2006". *Op. Cit.*, pp. 61-62.

en los que tanto los menores como los especialistas que trabajan a diario con ellos puedan llevar a cabo un cumplimiento efectivo de la medida impuesta, que permita arrojar con cierto grado de certeza un balance positivo de los resultados prácticos obtenidos.

34 En otro orden de cosas, los artículos 193 a 196 CNA, bajo la rúbrica legal *pandillaje pernicioso* definen y regulan varias agravaciones específicas para los adolescentes mayores de doce años y menores de dieciocho que se reúnan y actúen para *agredir a terceros, lesionarlos, atentar contra sus vidas o dañar bienes públicos o privados alterando el orden interno*, a los que se les aplicará una medida de *internación no superior a tres años* si para perpetrar tales infracciones utilizaren *armas blancas o de fuego, material inflamable, explosivos, objetos contundentes, o lo hicieran bajo la influencia de bebidas alcohólicas o drogas*, recayendo sobre el *cabecilla, líder o jefe* de la pandilla una medida de internación comprendida *entre los dos y los cuatro años*. La duración del internamiento no podrá ser *inferior a tres ni superior a seis años*, caso de que alguna de tales agresiones ocasionare un resultado de *muerte o de lesiones graves*. Por el contrario, el artículo 199 contiene una atenuación, legalmente denominada *beneficio*, consistente en la *reducción de hasta un cincuenta por ciento* de la medida correspondiente, al joven que estando sujeto a investigación judicial o hallándose cumpliendo internamiento proporcione al juez *información veraz y oportuna que conduzca o permita la identificación y ubicación del cabecilla de pandillas perniciosas*. Se trata de una concesión legal, de trato "privilegiado", a los compañeros de "pandilla" que "delaten" al jefe de la misma, y que personalmente no comparto, pues subyace en ella una cierta coacción moral, nada propicia a los fines reeducadores en los que venimos insistiendo.

35 En términos legales más escuetos, pero de similar contenido material, se expresa el artículo 9.2 c) de la LRPM española tras la nueva versión conferida a dicho precepto por la reforma (no me atrevo a decir "última") del 4 de diciembre de 2006 (LO 8/2006), vigente desde el 5 de febrero de 2008. A partir de esa fecha y en el futuro la medida de *internamiento* en *régimen cerrado* se aplicará también a los menores que cometieran en *grupo* hechos tipificados como delitos, al igual que a los que *pertenecieren o actuasen al servicio de una banda, organización o asociación*, incluso de carácter transitorio, dedicada a la realización de tales actividades. A mi juicio, y pese a que no se trata de una agravante en sentido técnico-jurídico, la creación de esta agravación específica por parte de la citada reforma está inspirada en fines exclusivamente represivos, amén de resultar discriminatoria para los menores infractores respecto de los delincuentes adultos, puesto que el CP no la prevé como tal, ni siquiera en términos genéricos. Sin duda, dicha previsión legal ocasionará en la práctica frecuentes

incrementos sancionadores de los mismos, como respuesta a las mencionadas pretensiones reformistas, ya que el legislador era consciente de que el "grupo" o la "banda" constituye, precisamente, una de las vías más recurridas por ellos a la hora de cometer determinados delitos. La realidad de este dato criminológico no podemos ponerla en tela de juicio porque se trata de un hecho estadísticamente constatado, y negar tal evidencia resultaría banal y absurdo, pues es cierto que en las sociedades actuales existe un auge entre los adolescentes a agruparse en pandillas para realizar ciertas infracciones, motivados por razones de la más diversa índole, que la mayoría de las veces, según recientes investigaciones llevadas a cabo sobre el particular, traen causa directa de situaciones personales derivadas de los ambientes que frecuentan, en los que abundan las carencias familiares y sociales afectivas, perfecto caldo de cultivo para desarrollarse en un contexto escaso –o nulo– de modelos de referencia de comportamientos adecuados, denominador común en todos ellos que facilita su agrupación y aceptación de unas mismas reglas de conductas "desviadas". Sin embargo, un enfoque interdisciplinario y social de este complejo problema debería haber conducido al legislador y al resto de instituciones en él implicadas a abordar su tratamiento mediante intervenciones positivas y no, precisamente, negativas sobre los menores asociados a efectos delictivos. De ahí, mi particular censura hacia esta otra medida retributiva y defensivo-social, opuesta a las exigencias de prevención especial que deben inspirar la prioritaria finalidad rehabilitadora y de reinserción de los mismos[27].

(27) Las experiencias recabadas en el sentido del texto como consecuencia de las investigaciones llevadas a cabo sobre la materia en la Generalitat de Cataluña, así como también en algún país latinoamericano como, por ejemplo, Ecuador, fueron públicamente emitidas y recogidas en las Conclusiones del II Simposio Internacional sobre Justicia Juvenil y Programas de Cumplimiento de Medidas Judiciales para Menores, celebrados ambos eventos en Córdoba y Sevilla los días 27 a 30 de noviembre de 2006, con el patrocinio de la Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía y la Asociación Meridianos, en la que tuve el honor de participar como ponente. El resultado de tales investigaciones arrojó el dato de que la asociación en "bandas o grupos" de menores o adolescentes para cometer ciertos delitos, como sucede con el acoso escolar (*bullying*), no siempre se produce por razones de violencia pura y dura, sino que la amistad y el "apoyo" que se brindan entre ellos son lazos que los unen a la hora de perpetrarlos. Ilustrativas en este sentido son las dos resoluciones judiciales dictadas en España sobre el conocido como caso Jokin, joven acosado por unos compañeros de colegio que terminó suicidándose. *Vide* al respecto la Sentencia del Juzgado de Menores de San Sebastián, de 15 de mayo de 2005, posteriormente, recurrida por los padres del joven ante la Audiencia Provincial de Vizcaya, que en sentencia de 12 de julio del mismo año cambió la medida de libertad vigilada inicialmente impuesta a los adolescentes que actuaron en grupo cometiendo un delito contra la integridad moral de aquel (artículo 173.1 CP) en concurso con una falta de lesiones leves (artículo 617.1 CP) por la de internamiento en régimen semiabierto. Para un conocimiento más amplio de este concreto delito *vide* Oñate Cantero, A., "Acoso y violencia escolar. Precisión terminológica e implicaciones jurídicas". En: *Estudios de Derecho Judicial* Nº 94, p. 95 ss.

2. Aspectos procedimentales de la investigación y el juzgamiento de los adolescentes infractores

Junto a la regulación de los aspectos sustantivos de las medidas socio- 36
educativas y de sus criterios de aplicación, a los que hemos hecho referencia en el epígrafe anterior, el CNA también incluye disposiciones de orden procedimental, concernientes a la investigación y desarrollo del proceso judicial encaminado a imponerlas. Partiendo de la genérica premisa garantista, recogida en su artículo 192, que obliga a *respetar* en esta clase de procesos dirigidos contra adolescentes infractores *las garantías de la Administración de Justicia consagradas en la Constitución Política del Perú, la Convención sobre los Derechos del Niño, el presente Código y las leyes vigentes sobre la materia*, se procede a continuación a proclamar de forma individualizada las que se derivan del principio de *legalidad*, de *confidencialidad y reserva* del proceso, y el de *rehabilitación y bienestar* de los mismos como criterios orientadores del Sistema de Justicia Juvenil (Arts. 189, 190 y 191 CNA). El menor detenido por la policía, en el término de veinticuatro horas y acompañado del correspondiente Informe Policial, será puesto a disposición del fiscal, quien le tomará declaración en presencia de sus padres o responsables, si los tuviere, y de su abogado defensor. Tras instruir las diligencias previas, puede optar por alguna de las tres alternativas que en el ejercicio de sus funciones le atribuye el artículo 204, a saber: 1º Solicitar la apertura del proceso; 2º Disponer la remisión; 3º u ordenar el archivamiento de la causa. Contra estas dos segundas resoluciones cabe recurso de apelación por el denunciante en el término de tres días ante el fiscal superior, quien, de calificar fundada la apelación, ordenará al Ministerio Público que formule la denuncia. Formulada esta, el juez expedirá una resolución motivada declarando promovida la acción, tomando de nuevo declaración al adolescente y determinando su condición procesal, que podrá consistir, o bien en la entrega del mismo a sus padres o responsables, o bien en el internamiento preventivo (Arts. 207 y 208), decretado, pues, como medida cautelar.

Dicho internamiento, debidamente motivado, solo puede decretarse en 37
los siguientes supuestos: 1º Cuando existan suficientes elementos de prueba que vinculen al joven con la comisión (autor o partícipe) del acto infractor: 2º Si hay un riesgo razonable de que eluda el proceso; 3º o bien temor fundado de destrucción u obstaculización de pruebas. En cualquier caso, contra el mandato judicial de internamiento preventivo cabe también recurso de apelación ante la Sala Superior (Arts. 209 y 210). Si este no prospera, la internación preventiva se cumplirá en el Centro de Observación y Diagnóstico del Poder Judicial donde un Equipo Multidisciplinario evaluará la situación en la

que se encuentra el adolescente. La *resolución* que declare promovida la acción, en el plazo de treinta días, señalará fecha para la práctica de la *diligencia única* encaminada a esclarecer los hechos, en presencia del fiscal y el abogado. Realizada esta y probados los mismos en el juicio, el Ministerio Público solicitará la aplicación de la medida socioeducativa que considere *necesaria para su reintegración social*, procediendo el juez a emitir sentencia en idéntico plazo (Arts. 211 a 214), cuyo contenido debe incorporar la relación de hechos cometidos, los respectivos fundamentos de derecho, la concreta medida socioeducativa a aplicar, y la correspondiente reparación civil, debiendo fundamentarse en los siguientes datos: 1º el daño causado; 2º la gravedad de los hechos; 3º el grado de responsabilidad del adolescente; y 4º el informe del Equipo Multidisciplinario y el informe social (Arts. 215 y 216). Dicha sentencia, que puede ser absolutoria por falta de pruebas o ausencia de infracción penal en los hechos, de ser condenatoria le será notificada al menor, a sus padres o responsables, a su abogado, al agraviado y al fiscal, pudiendo ser recurrida en apelación en el plazo de tres días, aunque la sentencia apelada no podrá ser, en ningún caso, reformada *en perjuicio* del apelante –se supone que se trata del adolescente–, en tanto la parte agraviada solo puede apelar la reparación civil o la absolución; apelación que tampoco supone la suspensión de la medida decretada hasta que la Fiscalía Superior emita dictamen y se dicte sentencia definitiva que ponga fin al procedimiento (Arts. 217 a 220).

38 Como puede apreciarse, se trata de un procedimiento menos técnico y complejo, así como de tramitación más rápida que el previsto en la LRPM española (Arts. 16 a 42), bastante más lento y complicado, aunque ambos coincidan en delegar la *función instructora* del procedimiento en el Ministerio Fiscal, quien, según la legislación vigente en España, solicitará del juez de menores la imposición de una determinada medida, no pudiendo este imponer ninguna que suponga mayor restricción de derechos ni superior duración en el tiempo que la pedida por aquel o por la *acusación particular* (*principio acusatorio ex* artículo 8.1 LRPM). Precisamente, y con relación a esta segunda institución en concreto, a la que la legislación peruana no hace, en cambio, expresa referencia, posiblemente porque el legislador de este país, con acertado criterio, a mi juicio, ha debido entender que su intervención en este tipo específico de procedimiento no es propia ni compatible con la particular naturaleza del mismo, siendo, por tanto, difícil de compaginar el papel esencialmente vindicativo que desempeña con la prioritaria finalidad educativa, rehabilitadora y defensiva del interés superior del menor de cara a su mejor reinserción, quisiera brevemente introducir una reflexión crítica sobre las *desorbitadas atribuciones* que la reforma española operada por la Ley 15/2003 en la originaria LRPM 5/2000

adjudicó a la figura de la *acusación particular* a través de la *desmesurada ampliación* del texto de su artículo 25 el marco de un proceso inicialmente concebido y fundamentalmente basado en fines preventivo-especiales, como corresponde a cualquier modelo moderno de justicia juvenil, de muy complicada conciliación práctica con la constante presencia y representación del perjudicado en el mismo al otorgarle tantas y tan variadas funciones participativas en él, que llegan más lejos, incluso, que las que la LECRIM prevé en el ámbito de la jurisdicción penal de adultos, pues se extienden hasta la fase de *ejecución de las medidas*, hasta el extremo de que si el juez desea modificarlas, sustituirlas o reducirlas, tendrá previamente que haber *oído*, entre otras instituciones, también a la *acusación particular* (Art. 25 y 51 LRPM)[28].

Por último, para cerrar este comentario, quisiera hacer una referencia, por 39
somera que sea, a una de las modalidades de exclusión o extinción del proceso, prevista por la vigente legislación peruana y denominada *remisión* del mismo, según la conceda el fiscal, antes de iniciarse el procedimiento (exclusión) o el juez y la Sala, una vez este iniciado y en cualquiera de sus etapas (extinción). Según los artículos 206 y 223 a 228 CNA, consiste en *separar* de él al adolescente infractor con el objeto de *eliminar los efectos negativos* que le son inherentes; su aceptación no implica ni el reconocimiento de la infracción ni crea *antecedentes penales*. Requisitos imprescindibles para su concesión son que la infracción *no revista gravedad* y que el adolescente y sus padres o responsables se comprometan a seguir *programas de orientación supervisados* por el PROMUDEH o instituciones autorizadas por este, procurándose el resarcimiento del daño al perjudicado.

Esta alternativa de la *remisión*, utilizada por la legislación peruana siguiendo 40
algunos de los modernos criterios orientadores de un Derecho penal juvenil actual, a fecha de hoy más que consolidados a nivel europeo e internacional, cabe enmarcarla en el ámbito de las denominadas estrategias *desjudicializadoras y de justicia restauradora*, que representan enormes *beneficios político-criminales* tanto para la víctima como para el infractor, siendo, además, fiel reflejo del principio de *mínima intervención penal* en este contexto, viniendo, en cierta medida, a corresponderse con las atribuciones que la LRPM otorga

(28) Al respecto, con más detalle, CARMONA SALGADO, C., "Consideraciones críticas sobre las sucesivas reformas de la legislación penal de menores a partir de la LO 5/2000. La nueva Ley 8/2006". *Op. Cit.*, pp. 60-61; opinión crítica igualmente sustentada por GARCÍA PÉREZ, O., "La posición del menor y el perjudicado en el Derecho penal de menores". En: *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal* Nº 1, p. 707 ss.; MARTÍN BRAÑAS, C., "La incorporación de la acusación particular al proceso penal de menores". En: *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario* Nº 3, p. 50 ss.

al Ministerio Fiscal, en función del principio de *oportunidad procesal* de *desistir de la incoación del expediente* por corrección del menor en el ámbito educativo y familiar (Art. 18 LRPM) o, incluso, *sobreseerlo* a través de la figura de la *mediación* por *conciliación* entre este y su víctima o *reparación* por el mismo del daño causado (Art. 19 LRPM)[29].

III. Bibliografía

41 ABEL SOUTO, Miguel, "Las medidas del nuevo Derecho penal juvenil (consideraciones en torno al artículo 7 de la Ley Penal del Menor". En: *Actualidad Penal* Nº 6. 2002; AGUIRRE ZAMORANO, Pío, "Medidas aplicables en la legislación de menores". En: MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel (director). *Menores privados de libertad. Estudios de Derecho judicial.* Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996; BUENO ARÚS, Francisco, "Menor edad: imputabilidad o inimputabilidad sui géneris. Influencia en este punto de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor". En: *Estudios de Derecho Judicial* Nº 110, 2006 (ejemplar dedicado a: actual doctrina de la imputabilidad penal); CADENA SERRANO, Fidel Ángel. "Las medidas de la Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor". En: BOLDOVA PASAMAR, Miguel (editor). *El nuevo Derecho penal juvenil español. Jornadas sobre la nueva Ley Penal del Menor, celebradas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza los días 4,10, y 11 de mayo de 2001.* Monografías de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2002; CARMONA SALGADO, Concepción, "Algunas observaciones sobre la responsabilidad penal de los menores a raíz de la Ley 5/2000, de 12 de enero". En: *Los derechos humanos. Libro homenaje al Exmo. Sr. D. Luis Portero García.* Universidad de Granada, Granada, 2001; CARMONA SALGADO, Concepción, "Comentario al artículo 19 del Código Penal". En: COBO DEL ROSAL, Manuel (director), *Comentarios al Código penal.* Tomo II. Edersa, Madrid, 2000; CARMONA SALGADO, Concepción, "Consideraciones críticas sobre las sucesivas reformas de la legislación penal de menores a partir de la LO 5/2000. La nueva Ley 8/2006". En: *Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario La Ley Penal* Nº 45, enero de 2008; CARMONA SALGADO, Concepción, "La delincuencia de jóvenes y menores: hacia una nueva regulación jurídica". En: *Protección jurídica del menor.* Universidad Internacional de Andalucía, Sede Antonio Machado de Baeza, Asociación de Letrados de la Junta de Andalucía, Granada, 1997; CARMONA SALGADO, Concepción, "Las medidas y sus criterios de determinación en la Ley Orgánica 5/2000 reguladora

(29) Acerca de la figura de la "mediación" como forma alternativa de resolución de conflictos, en general, ampliamente, ESQUINAS VALVERDE, P., "La mediación entre víctima y agresor como forma alternativa de resolución del conflicto en el sistema judicial penal de adultos: ¿una alternativa también viable en España?". En: *Revista Penal* Nº 18, p. 55 ss.

de la responsabilidad penal de los menores". En: *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal. Formación de fiscales especialistas de menores*. T. I, CEJAJ, 2002; CEZÓN GONZÁLEZ, Carlos, *La nueva ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. Bosch, Barcelona, 2001; ESQUINAS VALVERDE, Patricia, "La mediación entre víctima y agresor como forma alternativa de resolución del conflicto en el sistema judicial penal de adultos: ¿una alternativa también viable en España?". En: *Revista Penal* Nº 18, 2006; GARCÍA PÉREZ, Octavio, "Los actuales principios rectores del Derecho Penal juvenil: un análisis crítico". En: *Revista de Derecho Penal y Criminología* Nº 3, enero 1999; GARCÍA PÉREZ, Octavio, "La posición del menor y el perjudicado en el Derecho penal de menores". En: *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal* Nº 1, 2002; GARCÍA PÉREZ, Octavio y otros, *La delincuencia juvenil ante los juzgados de menores*. Tirant lo Blanch-Criminología, Valencia, 2008; GARRIDO GENOVÉS, Vicente y otros, *El modelo de la competencia social de la Ley de Menores. Cómo predecir y evaluar para la intervención educativa*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?". En: *Estudios de Derecho penal*. 3ª edición. Tecnos, Madrid, 1990; GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, "Algunos aspectos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor". En: *Actualidad Penal* Nº 10, 2001; GÓMEZ RIVERO, María del Carmen y otros, *Comentarios a la Ley Penal del Menor conforme a las reformas introducidas por la LO 8/2006*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007; GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Manifiesto a favor de una justicia juvenil. Un proyecto alternativo a la regulación penal y procesal de los menores*. Tirant to Blanch, Valencia, 2000; LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Introducción al Derecho penal de menores*. 2ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007; MAGRO SERVET, Vicente, "La prevención en la delincuencia juvenil". En: *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi* Nº 481, 2001; MARTÍN BRAÑAS, Carlos, "La incorporación de la acusación particular al proceso penal de menores". En: *La Ley Penal. Revista de Derecho penal, Procesal y Penitenciario* Nº 3, 2004; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*. 7ª edición. Reppertor, Barcelona, 2004; OÑATE CANTERO, Araceli. "Acoso y violencia escolar. Precisión terminológica e implicaciones jurídicas". En: *Estudios de Derecho Judicial* Nº 94, 2006 (ejemplar dedicado a: El *mobbing* desde la perspectiva social, penal y administrativa); ORNOSA FERNÁNDEZ, María Rosario, *Derecho penal de menores*. Bosch, Barcelona, 2005 (4ª edición. Bosch, Barcelona, 2007); PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, "Fundamentos teóricos de una alternativa al concepto tradicional de inimputabilidad del menor". En: *Protección jurídica del menor*. Universidad Internacional de Andalucía, Sede Antonio Machado de Baeza, Granada, 1999; ROVIRA TORRES, Olga, *La responsabilidad penal de los menores*. Bosch, Barcelona, 2007; ROXIN, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Grundlagen Aufbauder Verbrechenslehre*. Band I, München, 3ª edición de 1997 y 4ª edición de 2006; ROXIN, Claus, *La teoría del delito en la discusión actual*. Traducción de Manuel VÁSQUEZ ABANTO. Idemsa, Lima, 2007; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María,

"La política criminal ante el hecho penalmente antijurídico cometido por un menor de edad". En: *Estudios Jurídicos* Nº 8. Consejo General del Poder Judicial, Generalitat de Cataluña, 1994; TAMARIT SUMALLA, José María, "El nuevo Derecho penal de menores ¿Creación de un sistema penal menor?". En: *Revista Penal* Nº 8, 2001; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, José Carlos / SERRANO TÁRREGA, María Dolores, *Derecho penal juvenil*. 2ª edición. Dykinson, Madrid, 2008.

§ 20.3
Legítima defensa

ROGER YON RUESTA
(Perú)
SUSAN GAMARRA BLONDET
(Perú)

Sumario

	Nm	P
I. Introducción	1	64
II. Ubicación de las causas de justificación en la teoría del delito	11	66
1. Teoría tripartita	15	67
2. Teoría bipartita	24	69
3. Teoría de los elementos negativos del tipo	27	70
a) Tipos abiertos	34	72
b) Elementos especiales de la antijuricidad	38	73
4. Una nueva manera de ver la teoría del delito.	43	74
III. Fundamento de la legítima defensa	63	80
1. Principio de protección	74	82
2. Principio de defensa del orden jurídico	77	82
3. El planteamiento de Jakobs	83	83
IV. La legítima defensa en el Código Penal	86	84
V. Elementos objetivos de la legítima defensa	102	86
1. Presupuesto: agresión ilegítima	106	87
2. Requisito: necesidad racional del medio empleado	141	95
3. Falta de provocación suficiente	149	97
VI. Elementos subjetivos de la legítima defensa	156	98
VII. La legítima defensa en el marco del Derecho penal económico	165	100
VIII. Estado de necesidad defensivo	175	103
IX. Bibliografía	180	104

§ 20.3.- Exención de responsabilidad penal por legítima defensa

"Está exento de responsabilidad penal:

(...)

3. El que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurran las circunstancias siguientes:

a) Agresión ilegítima;

b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla. Se excluye para la valoración de este requisito el criterio de proporcionalidad de medios, considerándose en su lugar, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de que se disponga para la defensa; y,

c) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa;

(...)".

I. Introducción

1 El objeto principal del presente trabajo es brindar al lector una base mínima y amplia de los aspectos más importantes de la legítima defensa y sus variantes, siendo esta concebida dentro del ámbito jurídico, y esto es fundamental, no solo como precepto, norma o eximente de responsabilidad penal dentro del Código Penal, sino también como Derecho constitucional, la cual se encuentra amparada en el inciso 23 del artículo 2 de la Constitución.

2 Siendo la legítima defensa un derecho legítimo de toda persona, es importante conocer cómo se manifiesta, cuál es su configuración, qué consecuencias trae sus excesos, cuál es su ubicación en la "teoría del delito", teoría del delito que dentro de su estructura comprenderá los aspectos más esenciales que debe reunir un comportamiento humano para ser calificado como delito.

3 Si bien se exponen diferentes teorías que pretenden dar una delimitación pura de la pena, es decir, saber con racionalidad cuándo se impone esta, es primordial prestar atención a la configuración de nuestra sociedad; si bien podemos ser seguidores de una teoría en particular, la pregunta esencial sería si es que –efectivamente– seguimos estrictamente los patrones de la teoría que guía nuestro análisis, o más bien, al pretender seguirlos, existen otros factores (político-criminales) que influyen en la decisión de lo que es justicia o no, esto es, darle la cara a los problemas sociales que se suscitan y que también influyen en la sentencia (y en las decisiones cautelares que se adopten en el proceso).

4 El sistema judicial contemporáneo es indudablemente un sistema en crisis, un entorno en el que la palabra justicia muchas veces está determinada no solo por los factores que aporta el caso en sí y su solución dogmática, sino que, además, existen factores exógenos al caso como la corrupción y la poca formación académica de algunos operadores de justicia que inciden gravitantemente en su resolución. Esta es una situación que se deja percibir en las decisiones de los funcionarios de justicia: la falta de formación académica de muchos jueces, la confluencia de voluntades que busca solo el beneficio de unos cuantos dictando resoluciones sesgadas distanciados de la legalidad, la ambición económica que pesa más que la propia vocación de administrar justicia eficazmente, la falta de articulación y desempeño sistemático en el sistema judicial, etc. Es en ese marco de actuación en el que se desempeña, también, el operador de justicia honesto y preocupado por su formación académica.

5 Todo esto incide, qué duda cabe, en la aplicación de una antijuricidad material; así, no se puede perder de vista que la legítima defensa, no cuenta con ningún recurso que la torne inocua a esta problemática y la aparte a un

contexto *no social*. Por el contrario, hay una evidente crisis del sistema que influye en ella y, sobre todo, en su aplicación.

Dicho esto, nuestro punto de partida será fijar la atención en la legítima defensa en sí, esto es, cómo se configura esta causa de justificación y cómo se fundamenta este precepto permisivo dentro de la teoría del delito, analizando cómo se sustenta dentro de las de grandes teorías vigentes hasta hoy en día y cuáles son las consecuencias de optar por cada una de ellas, estas son: la teoría bipartita, la teoría tripartita, los elementos negativos del tipo, finalmente pasando por la nueva forma de fundamentar esta causa de justificación por Günther Jakobs[1]; quien a la vez, como se expone líneas abajo, propone una manera completamente distinta de concebir la teoría del delito, opta por un sistema cerrado, un sistema que pretende configurarse de manera científica, evitando que lo influyan matizaciones político-criminales, lo que será para efectos de este punto, materia de confrontación con nuestra propia forma de entender la dogmática de la teoría del delito, esto es, considerar el sistema penal efectivamente permeable a la penetración de consideraciones político-criminales[2], porque su naturaleza así lo exige si queremos considerar la variante que implica convivir en sociedad y todas sus constantes incidencias sociales, "mutaciones" que se presentan en una sociedad dinámica en donde los riesgos con causalidades complejas forman parte del caso y de las condiciones en las que se resuelve este. 6

Analizaremos a la vez la legítima defensa no solo como actuación de la persona natural y cómo esta puede ejercerla en salvaguarda de sus propios intereses o de terceros, sino que abordaremos temas referidos al Derecho penal económico y analizaremos si, en ese ámbito, también se configura esta causa de justificación. 7

De igual manera, por ejemplo, brindaremos un acercamiento a diferentes críticas que pueden llegar a surgir frente a los requisitos de la legítima defensa, esto son: la racionalidad del medio empleado y la falta de provocación suficiente de quien hace la defensa, en donde, en principio, ambas se tienen que llegar a configurar; de lo contrario, se hablaría de una eximente incompleta, y en tanto ello, de una disminución de la pena (según da cuenta la consecuencia del exceso y de cara a una disminución del tipo de injusto). 8

(1) Los trabajos de Günther Jakobs han ido modificando, perfeccionando para algunos su posición, desde *Criminalidad en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico* (1985), hasta *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional* (1996).

(2) García Rivas, N., *El poder punitivo en el estado democrático*, p. 101.

9 Frente a la valoración de una conducta debemos tener en cuenta, antes de profundizar en materia de causas de justificación, qué es lo que entendemos por acción: aquella que determina un comportamiento jurídico penal relevante, así será acción todo comportamiento que está sujeto a la voluntad humana(3), *evitable,* y que conlleva una finalidad determinada. Hay que dejar en claro, que la acción puede manifestarse como *comisiva* u *omisiva*, no debiéndose entender por tanto el término "omisión" como falta de acción en un determinado supuesto o como su antónimo, sino todo lo contrario: como realizar un comportamiento diferente a lo que la norma prescribe, en sí "consiste en hacer algo distinto a la prestación deseable obligada en principio por una norma preceptiva"(4). No se concibe entonces el término "omisión" como un dejar de hacer algo.

10 Es un punto importante acercar de esta manera al lector a lo que se entiende por acción, pues es esta la que configura una conducta, y como señala Muñoz Conde: "la conducta humana traducida en actos externos puede ser calificada de delito y motivar una acción penal"(5).

II. Ubicación de las causas de justificación en la teoría del delito

11 "La teoría del delito constituye, en efecto, la determinación de las fronteras mínimas de lo que puede ser prohibido o penado por el Derecho penal, y da respuesta a la pregunta de cuáles son los elementos que deben concurrir, como mínimo y como carácter general, para que algo sea jurídico-penalmente prohibible y punible"(6).

12 Todas las teorías de las cuales nos disponemos a dar un alcance tratarán de configurar con sus respectivos criterios el delito, teniendo cada una de estas sus propias delimitaciones y formalidades para su cumplimentación.

13 Siendo así, las causas de justificación como tales tienen su propia ubicación dentro de la teoría del delito, sin embargo, como ya ha sido mencionado líneas arriba, hay diferentes teorías que las sostienen y que proponen diferentes alcances de estas como eximentes de responsabilidad penal.

14 Las teorías que se exponen sitúan a la legítima defensa y la analizan dentro de la antijuricidad, lo importante es tener en cuenta cuáles son las consecuencias

(3) Muñoz Conde, F., *Teoría general del delito*, p. 9.
(4) Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 309.
(5) Muñoz Conde, F., *Teoría general del delito. Op. Cit.*, p. 7.
(6) Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 145.

de optar por cada una de estas teorías, así como considerar cuál podría ser la más garantista en todos sus aspectos, tanto teórico como práctico al momento de decidir por cuál guiar nuestro análisis de la conducta humana dentro de la teoría del delito, lo que nos limitaremos a dejar al criterio del lector. Independientemente de todo lo señalado, lo que buscan estas teorías, como veremos, es garantizar la seguridad jurídica dentro de la sociedad.

1. Teoría tripartita

A través de esta postura alemana, con antecedentes en el siglo XIX por 15
Beling, se refiere que la culpabilidad es en sí un nexo psíquico entre el hecho y el autor[7] (concepto psicológico de la culpabilidad), se tomará en cuenta la "voluntad" con que el sujeto ha actuado; concepto que en sí no fue altamente valorado por la doctrina, pues exigía tener un conocimiento del pensamiento del sujeto a la hora de actuar, situación que dista mucho de poder ser empíricamente constatada (es imposible determinar si el sujeto actúo con dolo o imprudencia a menos que estemos dentro de su mente).

Para analizar si una acción se considera delito, para un sector de la doc- 16
trina y *grosso modo*, la teoría del delito por el sistema tripartito se concibe en tres momentos: a) la tipicidad de la conducta, en donde encontraremos que se analiza la conducta humana centrándose si esta calza en el tipo penal como tal, es decir, si representa una conducta penalmente relevante para el derecho (para los que defienden la postura finalista, la tipicidad encuentra una configuración subjetiva a título de dolo o imprudencia, entonces, con diferente consecuencia a la postulada por los causalistas por su concepción y aceptación del Dolo Malus), luego de verificar que la conducta sea efectivamente típica se pasa al segundo elemento; b) la antijuricidad, en donde se examina si la conducta típica es contraria a derecho o está justificada, esto es, si concurre una causa de justificación que haga que la conducta típica no se considere como penalmente relevante o perseguible por el derecho penal a pesar de ser una conducta prohibida c) y la culpabilidad, en donde, a diferencia de la tipicidad y la antijuricidad se analiza la conducta, se analiza al sujeto en sí mismo, esto es, si es posible responsabilizar al sujeto por la conducta, para lo cual se debe examinar si este puede ser imputable, si el sujeto es consciente de la antijuricidad del hecho que ha cometido, y si existe la posibilidad de poder exigir actuar de otra forma.

(7) Vilavicencio Terreros, F., *Derecho penal. Parte general*, p. 236.

17 Es preciso mencionar que no es lo mismo adoptar una postura finalista que causalista de la culpabilidad pues, en la primera de las posturas mencionadas no se presenta ese elemento subjetivo del comportamiento (dolo o culpa en la culpabilidad) que cobijaba el causalismo, es así como se desintegra el concepto de *dolo malus*, donde uno de sus elementos pasa al campo del tipo de injusto, surgiendo así el dolo natural[8], es así, en palabras de MIR PUIG que "La culpabilidad queda desprovista de la 'relación psíquica' del autor con el resultado se la define como *una reprochabilidad* de la resolución de la voluntad (...) Es un juicio de reproche al sujeto por no haber actuado conforme a las normas, teniendo capacidad para ello"[9], se le imputa al autor no haber evitado el resultado aun habiendo tenido la capacidad para efectivamente hacerlo.

18 A la luz de estas posturas, se consideran la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad como elementos independientes (a la que el profesor ROXIN, con sus propias variantes, se adhiere desde finales de los noventas), dándole a la tipicidad un espacio relevante para la conformación del ilícito penal, con lo que la doctrina posterior a esta teoría se ha permitido discrepar pues como señala SILVA SÁNCHEZ "se ha llegado a afirmar que la mera constatación de la tipicidad no puede dar lugar a un desvalor, ni permite extraer de tal hecho consecuencias jurídicas"[10], es decir, la mera acción de matar no puede llevar a hacer un juicio de valor (negativo o positivo de la acción) sin considerar otros supuestos que también entrarían en juego a la hora de valorar la conducta, como por ejemplo las causas de justificación.

19 Ubicar la tipicidad fuera de la antijuricidad no pareciera ser la opción más garantista dentro de la evaluación que puede ejercer el juez penal a la hora de decidir si procesa a un sujeto o no por una determinada conducta:

20 "Una vez formalizada la denuncia por parte del Ministerio Público y habiendo sido esta remitida al juzgado competente, el juez instructor puede hacer dos cosas: emitir auto de abrir instrucción, dando inicio al procesamiento del imputado; o emitir un auto de no abrir instrucción, con lo cual no se iniciaría el proceso. Respecto del primero de estos escenarios, el artículo 77 del Código de Procedimientos Penales establece que:

21 'Artículo 77.- Recibida la denuncia y sus recaudos, el Juez Especializado en lo Penal solo abrirá instrucción si considera que de tales instrumentos

(8) Ibídem, p. 245.
(9) Ídem.
(10) SILVA SÁNCHEZ, J., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 394.

aparecen indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito, que se ha individualizado a su presunto autor o partícipe, que la acción penal no ha prescrito o no concurra otra causa de extinción de la acción penal'.

Si es que el juez considera que el delito es una acción típica, antijurídica y culpable, puede afirmar que basta con que se verifique la conducta típica (tipo objetivo y subjetivo) para que existan indicios de la comisión de un delito, y cualquier causa de justificación cuya existencia se desee plantear, deberá ser dilucidada al interior de un proceso. Así, se podría dictar un sinsentido Auto de Abrir instrucción en contra de un individuo que (Ej.) hurtó un vehículo en concurrencia de un estado de necesidad justificante: salvar la vida de un familiar que acaba de ser atropellado y urge atención médica. 22

Con esta opción, se somete al imputado a un riesgo innecesario para su libertad, dado que un proceso que pudo haber finalizado con un auto de no abrir instrucción va a tener que ser concluido con la sentencia o en una vía incidental al declararse fundada una Excepción de Naturaleza de Acción... sin considerar una eventual impugnación que obligue a concurrir a la segunda instancia"[11]. 23

2. Teoría bipartita

Pasemos a examinar la postura bipartita que nace en reacción y con presupuesto filosófico autónomo a la teoría tripartita, y que tiene como antecedentes, según Silva Sánchez a Carrara, Pessina y Carmignani, penalistas italianos. Como refiere Felipe Villavicencio con respecto a la concepción que se tiene de culpabilidad en esta teoría: "Estos sistemas examinan la idoneidad del sujeto, para este sistema se hace forzoso tomar a la teoría de la imputabilidad como base del sistema: solo es capaz de actuar un actor imputable"[12]. 24

Esta postura se distingue en dos elementos: a) La antijuricidad y b) la culpabilidad. En la presente teoría, distinta a la tripartita, observaremos que la antijuricidad, concibiéndola como contraria al derecho, se compone por una doble exigencia, estas son: la tipicidad, la cuál es la terminología que se usa cuando una conducta penalmente relevante se identifica con el tipo penal, y la ausencia de causas de justificación. Como se ve, la tipicidad ya no es un elemento independiente, esta viene a ser un componente de la antijuricidad (para 25

(11) Yon Ruesta, R. / Torres, D., "Legítima defensa y acciones disvaliosas". En: *Actualidad Penal* T. 172, p. 108.

(12) Vilavicencio Terreros, F., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 231.

un sector *ratio essendi)*, es decir, para que se configure un hecho antijurídico en sí (contrario a derecho) debe ser la conducta tanto típica cuanto ausente de causas de justificación. *Para esta postura, si concurren causas de justificación, estas harán que se justifique la conducta del sujeto de un hecho que en sí es prohibido.*

26 La teoría bipartita permite que dentro de la antijuricidad, que es donde conviven tanto la tipicidad cuanto las causas de justificación que no deben de concurrir para que se configure esta primera, se valore la conducta como una sola, tal y como es; despejándonos de la contradicción que la postura tripartita da (pues la teoría tripartita hace una doble valoración de una misma realidad) y brindándonos un solo mensaje: la conducta es conforme a Derecho o no lo es; y es en este sentido una fuerte posición para evitar, como lo vimos en el ejemplo del apartado anterior, que se considere en primera instancia el comportamiento como típico y dañoso (lesivo, no dañosidad social en relación al bien jurídico que es una discusión diferente) y sea materia de abrir proceso penal, pues de acuerdo con una teoría bipartita, si concurre una causa de justificación no hay un primer juicio negativo de la conducta y, por lo tanto, no hay indicios de la comisión de un delito.

3. Teoría de los elementos negativos del tipo

27 La teoría de los elementos negativos del tipo está impulsada por la ideología neokantiana, donde se percibe un gran cambio de la valoración en muchos de los aspectos de los elementos de la teoría del delito. El sistema neokantiano, a diferencia de los métodos anteriores, propone un método comprensivo y valorativo[13], dejando la relevancia que se le brindaba a las ciencias naturales por las otras teorías, para así pasar a una concepción más significativa. La culpabilidad, a la luz de esta teoría, pasó de tener una concepción psicológica a una concepción normativa, como señala Felipe Villavicencio: "La valoración se da en las normas estableciendo si es posible *reprocharle* al autor su conducta. Se entiende a la culpabilidad como reprochabilidad o conjunto de condiciones que permiten imputar un juicio de reproche al sujeto por el hecho"[14], así la conducta solo sería culpable si al sujeto se le puede reprochar por la conducta cometida.

28 Pasemos a explicar lo que propone esta teoría: como ya hemos mencionado, la antijuricidad se debe entender como aquella conducta que contraviene al derecho, así, de la misma manera que la teoría bipartita, para que se configure la antijuricidad de la conducta, esta primera tiene que poseer

(13) Ibídem, p. 237.
(14) Ibídem, p. 240.

dos elementos: tanto la tipicidad de la conducta como la ausencia de las causas de justificación.

A diferencia de la teoría bipartita donde las causas de justificación *justifican* una conducta *en sí prohibida*, la presencia de causas de justificación en la teoría de los elementos negativos del tipo excluyen la tipicidad[15]; se considera así que la conducta en sí nunca llegó a ser prohibida, típica, ni siquiera se puede valorar que calza en un tipo penal, pues en todo momento, para esta postura, se actuó conforme a derecho. 29

En términos más sencillos, se podría argumentar que dentro de la teoría de los elementos negativos del tipo si se da una conducta que "no es concordante con la buena relación en la sociedad" primero se analiza si hay justificantes a esa conducta, y si las hay, no hay necesidad de profundizar en dicha conducta, esa conducta no será típica, no calzará en el tipo penal: si es que "se mata", en palabras coloquiales, con alguna concurrencia de causas de justificación, esa muerte no será la que prohíbe la norma 106 del Código Penal. Así, la tipicidad no puede afirmarse sin comprobar la antijuricidad y viceversa[16]. 30

De todas las posturas críticas respecto a esta teoría (que acoge la teoría restringida de la culpabilidad con especial relevancia en el error sobre el presupuesto de la causa de justificación; así menciona el profesor MAURACH: "Tal postura (la teoría restringida de la culpabilidad) se fundamenta en la teoría de los elementos negativos del tipo (...) si la aplicación de una causal de justificación es vista como un elemento negativo del tipo, ello conduce forzosamente a la utilización de la regulación del error vigente para los elementos del tipo respecto de los presupuestos de hecho de tales causales de justificación"[17]. 31

En cambio JAKOBS señala *ab initio* "la verificación de que se ha realizado un tipo de injusto tiene lugar con independencia de la existencia de un contexto de justificación"[18], es decir, para este profesor, si se percibe que una conducta concuerda con lo que prohíbe la norma, esa conducta es típica, luego se verá si está justificada o no, pero es indefectiblemente típica en un primer momento. 32

Dentro de su tratado de Derecho penal, el profesor JAKOBS, refiere que existen dos supuestos en donde la teoría de los elementos negativos del tipo tocaría su lado problemático, esto es, donde esta misma teoría posee como 33

(15) MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 163.
(16) BUSTOS RAMÍREZ, J., *Obras completas. Derecho penal. Parte general*, p. 292.
(17) MAURACH, R., *Derecho penal. Parte penal*, p. 653.
(18) JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, p. 191.

virtud el hacer un análisis global de la conducta brindándonos un solo análisis eficaz y sin ningún tipo de dilaciones, se observa que no encuentra esta inmediatez dentro de los siguientes casos:

a) Tipos abiertos

34 En estos casos JAKOBS puntualiza: "(...) el tipo debe conservar su amplitud, pero mediante un 'juicio de valor judicial independiente' debe probarse si la realización del tipo constituye injusto", de la misma manera, en la misma línea refiere "El juicio está solo bosquejado mediante el recurso de valoración social; esta valoración no se debe diluir en elementos del tipo, sino que debe seguir siendo valoración de la antijuricidad"[19].

35 Dentro de los tipos abiertos encontramos que la materia de prohibición no está descrita en forma total y exhaustiva por medio de los elementos objetivos[20], veámoslo más claro con un ejemplo: La coacción, delito tipificado en el artículo 151 de nuestro Código Penal, establece lo siguiente "El que, mediante amenaza o violencia, obliga a otro a hacer lo que la ley no manda o le impide hacer lo que ella no prohíbe será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de dos años".

36 Los términos "amenaza", "violencia", "la ley no manda", etc. se pueden tornar no claros a la hora que el operador judicial aplica la norma para resolver un caso en particular, es por esto que se recurre a la interpretación de aquellos términos para así dilucidar la materia en cuestión, sin embargo, esta interpretación supone elementos que se deben buscar fuera del tipo legal, es decir, el tipo penal no se puede verificar en sí mismo pues cuenta con elementos que no están determinados en su haber y que, por lo tanto, se valdrá de otros elementos que serán recogidos por la información que se pueda recoger del exterior tanto como de mecanismos extrapenales etc., que serán indispensables para complementar el tipo: "el juicio de valor del juez"[21], como refiere el profesor JAKOBS.

37 El elemento del juicio de valor del juez como pieza que debe agregarse al tipo para que esté complementado (dentro de los tipos abiertos) y otros en otro contexto, no permitirán que esa eficacia que en la mayoría de casos muestra la teoría de los elementos negativos del tipo se vea satisfactoria, pues demanda indudablemente una dilación para obtener el elemento indicado que

(19) Ibídem, p. 196.
(20) ROXIN, C., *La teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, p. 6.
(21) JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 196.

complemente ese tipo indeterminado al tener que hacer búsqueda de los elementos competentes.

b) Elementos especiales de la antijuricidad

38 El profesor JAKOBS se refiere de la siguiente manera a los elementos especiales de la antijuricidad: "La teoría de los elementos especiales de la antijuricidad, (...) no asigna los elementos (subjetivo y objetivo) al tipo, sino que pretende entenderlos como requisitos positivos de la antijuricidad (...)"[22].

39 En este punto JAKOBS hace una notoria profundización en el tema de la competencia estatal, específicamente el ejercicio de una autoridad adecuado a derecho, así refiere que las expresiones "en el ejercicio adecuado a derecho de sus funciones" no pertenece de ninguna manera al tipo; esto es; que ni siquiera se puede hablar de justificación con respecto al ejercicio de un cargo cuando ya se está hablando de algo jurídicamente válido.

40 Estas acepciones que se encuentran dentro de la antijuricidad de por sí, pensemos en el ejercicio de un cargo, como afirma JAKOBS, deberán entenderse como elementos que no están inmersos en el tipo y que, por lo tanto, se necesitará de elementos externos, de materia extrapenal, es decir, debe haber una comunicación integral con otro sector del derecho, de lo que esta nos ofrece, para así poder entenderlos (si no se hace este análisis exhaustivo no se cumpliría con el pilar de la teoría de los elementos negativos del tipo que es hacer un análisis a cabalidad, global, de lo contrario no se completaría dicha valoración); en este punto, pensemos en lo que entendemos por "cargo", un término que varía según la competencia de cada sujeto y que su valoración dependerá del manejo del operador judicial y de sus mecanismos para establecer si en el caso concreto se vería formulada la causa de justificación antes mencionada, en donde a la vez, este funcionario público tendrá que recurrir, como ya ha sido mencionado líneas arriba, a conceptos jurídicos diferentes a los penales que le den razón de lo que el "cargo" implica en el caso concreto, esto es, conocer en todas las instancias si el cargo es formal, de desempeño fáctico etc., en sí, el cómo se configura en su totalidad el cargo en cuestión, para que esto lleve y suponga un criterio de decisión cabal, eficaz, realista y que, por cierto determinan el ámbito de antijuricidad.

41 Indudablemente en esta manera de proceder, que a toda luces se manifiesta como correcta por el operador judicial (dilucidar si el "cargo" efectivamente

(22) Ibídem, p. 198.

se valora a cabalidad, a la vez que cumple con sus patrones en cada caso concreto para determinar si existió un ejercicio legítimo), la fortaleza que en una primera instancia muestra la teoría de los elementos negativos del tipo, se vuelve debilidad al querer sumergir en dicha valoración global de la antijuricidad tanto a los tipos abiertos cuanto a los elementos especiales de la antijuricidad que dependen de otros factores para tomarlos en cuenta. Por cierto, cualquier teoría que admita tipos abiertos y elementos especiales de la antijuricidad pasará por las mismas dificultades, claro está sin efectuar una valoración global del tipo de injusto.

42 Para finalizar este punto citaremos al profesor JAKOBS al señalar que: "El tipo de injusto es una unidad de sentido jurídico (y social) propio, con independencia de una situación justificante dada, ya que la justificación puede anular la antijuricidad, pero no la anormalidad social del suceso"[23].

4. Una nueva manera de ver la teoría del delito

43 El profesor GÜNTHER JAKOBS no acoge, desde hace muchos años atrás a las mencionadas teorías para (des)valorar cuándo una conducta penalmente relevante tiene por consecuencia la responsabilidad penal de una persona; este autor tiene una nueva visión y una nueva comprensión de la teoría del delito, la cual no podemos dejar de reconocer ni dejar de hacerle mérito pues, indudablemente, ha permitido redescubrir la dogmática penal en muchos de sus aspectos a partir de analizar la sociedad y sus riesgos, esto es, la incidencia de la tecnología y todas sus variables complejas que hace confluir una serie de cursos causales a ser valorados de acuerdo a la posición y a los deberes que ostenta el agente.

44 La teoría penal de JAKOBS recusa el contenido y orientación político-criminal[24], es decir, sumerge a la teoría del delito en un "sistema cerrado" de verdades absolutas, inmodificables, para que exista en su haber intrasistemático un único orden jurídico donde el Derecho solo se limita a ser un mero sistema de aplicación de normas[25] y donde se busca que la legitimación de las actuaciones de un sistema tenga que ser producto del propio sistema (autopoiético:

(23) Ibídem, p. 251.

(24) DURÁN MIGLIARDI, M., "El Derecho penal del enemigo. Formulación y observaciones críticas en el contexto del debate sobre la modernización y expansión del Derecho penal". En: *El Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, p. 741.

(25) SÁNCHEZ MÁLAGA CARRILLO, A., *Limitaciones de un Derecho penal de la exclusión. Plan de acción alternativo al Derecho penal del enemigo*, p. 14.

autoproducción) y no venir dada desde afuera[26], apuntando a que ningún otro sistema de relaciones interfiriera en el análisis para que así pueda brotar un resultado cabalmente puro.

Nos permitiremos distanciarnos con la manera de concebir el sistema 45
jurídico cerrado de JAKOBS para acoger el sistema abierto, esto es, reforzar la idea de que debe existir un sistema en continua profundización y reelaboración, no solo en los cambios de legislación vigente sino también en virtud de los cambios en la realidad social recogidos por las ciencias sociales, en especial la criminología[27].

La dogmática penal, en nuestro criterio, debe estar abierta a influencias 46
tanto económicas, cuanto educativas, a factores políticos, necesidades sociales pues es la realidad social la que en sí impone –permanentemente– los términos y preceptos de todo sistema, tanto político, cuanto económico, penales etc. Como afirma el profesor HABERMAS: "(...) el derecho, narcisísticamente marginalizado, solo puede reaccionar ante sus propios problemas, que a lo sumo podrían venir ocasionados desde fuera. De ahí que no pueda ni percibir ni elaborar problemas que afectan al conjunto del sistema social"[28]. Esto a la vez demuestra que esta manera de entender la dogmática penal "(...) implica entender que las normas jurídicas deben ser legitimadas para que el derecho cumpla su función de integración social, lo cual hará cuando sea fruto del discurso racional, es decir, una norma es legítima cuando los destinatarios pueden sentirse, en su conjunto, como autores racionales de la norma (...)"[29].

Realidad que a la vez está en constante dinamismo, nunca se mantiene 47
estática (las concepciones cambian, las valoraciones jurídicas se renuevan con la mutación de incidencias sociales) lo que advierte que efectivamente las normas deben ser guiadas a renovarse y adecuarse en la medida que la sociedad lo hace. Así y en la línea de esta posición, la profesora LAURA ZÚÑIGA sostiene que el Derecho penal es un problema político porque "(...) al criminalizar una conducta adopta una decisión política de designar un comportamiento como delito y de establecer quiénes responden con una pena por ello"[30].

(26) GARCÍA AMADO, J., *La filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, p. 150.
(27) GARCÍA RIVAS, N., *El poder punitivo en el Estado Democrático. Op. Cit.*, p. 101.
(28) HABERMAS, J., *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, p. 115.
(29) SÁNCHEZ MÁLAGA CARRILLO, A., *Limitaciones de un Derecho penal de la exclusión. Plan de acción alternativo al Derecho Penal del enemigo. Op. Cit.*, p. 23.
(30) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política criminal*, p. 120.

48 Es por esto que afianzamos nuestra posición de concebir la teoría del delito como aquella que está accesible a recoger consideraciones político-criminales, "por tal motivo, todo postulado o teoría del sistema penal o de la sanción penal deberá pasar por un análisis de corte extra sistemático"[31], pues es la política criminal ciertamente la que efectivamente permite la crítica de la legislación penal existente para plantear procesos de reforma[32] y no tomarla en cuenta en el análisis de la individualización-determinación de la pena sería sentenciarnos a la mera arbitrariedad por parte de un sistema que no permite en su haber ninguna perturbación de índole social.

49 Dentro de su esquema teórico, y ya adentrándonos a lo que este penalista llamará imputación menciona que; la imputación objetiva del comportamiento es una imputación vinculada a la sociedad concreta[33], los parámetros, normas y regulaciones y las diferentes concepciones de lo que es delito es lo que determinara y determinará la sociedad.

50 Vivir en sociedad implica convivir con riesgos; para JAKOBS, indefectiblemente, la convivencia en sociedad se regula gracias a los riesgos permitidos[34][35][36], riesgos que varían según la época en que los individuos se desenvuelvan, así "(...) los riesgos vitales del individuo son hoy en día mucho menores que al comienzo de la Edad Moderna, en la que la vida era un constante riesgo"[37], el desarrollo de nuevas tecnologías y la adaptación de conductas peligrosas fomentan nuevos peligros para los bienes jurídicos , tanto individuales como supraindividuales. En esta línea el profesor SCHÜNEMANN sostiene: "(...) si se busca el rasgo característico dominante de la sociedad actual, en realidad ha de hablarse con mucha mayor razón de una sociedad de despilfarro, de malgasto y disipación, ya que el volumen de la puesta en peligro de recursos es muy esencialmente inferior al de la destrucción de recursos"[38].

(31) SÁNCHEZ MÁLAGA CARRILLO, A., *Limitaciones de un Derecho penal de la exclusión. Plan de acción alternativo al Derecho Penal del enemigo. Op. Cit.*, p. 14.
(32) Ibídem, p. 170.
(33) JAKOBS, G. *La imputación objetiva en Derecho penal*, p. 17.
(34) SCHÜNEMANN, B., *Cuestiones básicas del Derecho Penal en los umbrales del tercer milenio*, pp. 108-109, a partir de una concepción con sus propias variantes de contrato social, posición inicial compartida por HASSEMER, p. 100.
(35) ABANTO VÁSQUEZ, M., "El llamado Derecho penal del enemigo, especial referencia al llamado Derecho penal económico". En: GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (coordinador), *Derecho penal del enemigo, el discurso penal de la exclusión*, p. 31.
(36) CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales*, p. 226.
(37) SCHÜNEMANN, B., *Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio. Op. Cit.*, p. 109.
(38) Ibídem, p. 108.

El profesor de Bonn destaca que cualquier contacto social entraña un 51
riesgo[39], algo que no es punto de discusión, pues poniendo un ejemplo, el solo hecho de conducir un vehículo a nuestro centro de trabajo entraña un riesgo de lesionar a alguien, quitarle la vida quizá, y no solo nos referimos a sujetos ajenos a nosotros que transitan por las calles, sino al riesgo que supone para nuestra propia integridad, es decir, la interacción que tenemos con el mundo hace que nos veamos expuestos en cada segundo. Evidentemente existe riesgo en la mayoría, por no decir todas, las actividades que se emprenden pero no por esas razones la sociedad se paraliza, en tal caso viviría cada persona dentro de su propia "burbuja" simplemente para prevenir que algo le afecte directamente.

Por esto, dice JAKOBS: 52

"Puesto que una sociedad sin riesgos no es posible y nadie se plantea 53
seriamente renunciar a la sociedad, una garantía normativa que entrañe la total ausencia de riesgos no es factible, por el contrario, el riesgo inherente a la configuración social ha de ser irremediablemente tolerado, como riesgo permitido"[40]:

En suma, todo lo que es aceptado por la sociedad constituye un riesgo 54
permitido que permite efectivamente vivir y tener la idea de *avance, evolución, desarrollo (concepto de vida del que U. Beck tendría mucho que aportar y, sobre todo, cuestionar)*. Retomando el ejemplo expuesto líneas arriba, conducir un auto supone riesgos, pero también representa la "ventaja" de llegar a tiempo a una cita, o evitar la fatiga de ir caminando a casa desde nuestro centro laboral (los que sufren de colesterol o padecen enfermedades cardiacas por vida sedentaria ¿pensaran lo mismo?), a la vez que se ahorra muchísimo tiempo (tiempo que la sociedad contemporánea devora con la realización de múltiples actividades, curiosamente sin tener tiempo para reflexionar por qué o para qué las efectúa de cara a una realización de vida), etc.

El individuo tiende a socializar, y como ente socializador va a adquirir 55
roles, roles que permitirán la buena interacción con otros sujetos y que impondrán límites en toda su actuación. Para la concepción de JAKOBS, el individuo penalmente relevante será aquel visto desde la perspectiva de sus relaciones con la sociedad[41], es decir, aquel sujeto merecedor de una pena será aquel que no actúa dentro de su rango de competencia, quebrantando su rol. Así

(39) JAKOBS, G., *La imputación objetiva en Derecho penal*. *Op. Cit.*, p. 41.
(40) Ibídem, pp. 41-42.
(41) YON RUESTA, R. / TORRES, D., "Legítima defensa y acciones disvaliosas". *Op. Cit.*, p. 108.

pues una mujer madre de familia, sería efectivamente sancionada, si como su rol de madre se lo exige, deja de alimentar a su hijo exponiendo su salud, o lo sería un mecánico al no colocar correctamente los frenos a un auto y por esta circunstancia provoca la muerte del conductor.

56 Esta idea a la par es cuestionable, pues concebir (en uno de los ejemplos que propone el mismo JAKOBS que a la vez nos permitimos matizarlo) que un individuo el cual trabaja por las noches como mozo y que estudia biología en una universidad por las mañanas al servir una ensalada en el lugar donde labora se percate que hay un hongo venenoso dentro de ella, y, aún siendo así, este de todos modos la sirve. Este sujeto, dentro de la teoría que propone JAKOBS, no sería imputable, pues en ese momento actuaba en el rol que le pertenecía, el de mozo, y no le era competente actuar como biólogo a pesar de sus "conocimientos especiales" respecto del estado de los vegetales(42).

57 En sí pues, este último ejemplo es el punto de quiebre de la concepción de JAKOBS con respecto a qué comportamientos sociales pueden acarrear sanción penal.

58 Dentro de nuestra realidad peruana, la teoría de JAKOBS, creemos, a pesar de su arrastre entre jóvenes estudiantes de Derecho, tendrá que lidiar con un "país chicha" en el que los roles se acumulan, mezclan y aunque a veces se den formalmente distan mucho de los conocimientos básicos para ejercerlos y, de esta forma alcanzar con éxito una cabal valoración en resoluciones judiciales de cuándo y cómo se quebrantó el rol. Si bajo su criterio, los sujetos imputables solo serían aquellos que quebranten sus competencias, y teniendo en cuenta nuestro entorno nacional en donde los roles no se encuentran, muchas veces, definidos y que concurren dos o más en una determinada persona, pues resulta fácil hallar a un taxista que es un ingeniero que no encontró trabajo o fue despedido y que además goza de muchos años de experiencia en una actividad riesgosa a valorarse en el caso concreto; a la vez que es hijo, padre, esposo etc. Sería casi imposible determinar objetivamente qué es lo que le compete con los diferentes roles que desempeñan en sociedad. Cierto es que el profesor JAKOBS postula un deber mínimo de solidaridad ciudadana de forma tal que el sujeto no eluda responsabilidad por la no verificación del deber específico a consecuencia de conocimientos especiales (que, según su posición no incriminan a su titular).

(42) JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 251.
JAKOBS, G., *La imputación objetiva en Derecho penal. Op. Cit.*, p. 17.

A las diferentes críticas que nacen en torno a su concepción de a quienes son imputables por el rol desempeñado y tendrán responsabilidad jurídico-penal por determinado hecho criminógeno, es decir, aquellos que quebranten sus competencias, el catedrático de BONN habla de evitar el quebrantamiento de roles perteneciente a un segundo grupo en donde calzarían los sujetos de un Estado, es decir, en sus palabras "(...) esto es, roles comunes (...) se trata del quebrantamiento del único rol de comportarse como una persona en derecho, es decir, de respetar los derechos de los demás como contrapartida al ejercicio de los derechos propios (...). Por tanto, el quebrantamiento de un rol común implica la infracción de aquellas normas que imponen a todos respeto a sus congéneres: no mates, no lesiones etc.; el "no" respectivo resalta el aspecto negativo del rol"[43]; esto es en sí el rol de ciudadano, que haciendo una interpretación a sus palabras señalaría que si un sujeto conoce y puede evitar que se lesione un bien jurídico de un tercero, actúe este conforme a derecho, conforme a las expectativas de la sociedad, es decir como un buen ciudadano. En esta misma línea, en su obra *Sociedad, norma y persona*, JAKOBS refiere: "(...) de lo dicho se deduce que el rol cuya observación garantiza el derecho penal es el del ciudadano fiel en derecho; el de la persona en derecho"[44]. 59

Lo expuesto anteriormente muestra lo que parece uno de los temas importantes para su teoría: el ejecutar un rol en cumplimiento de las expectativas de la sociedad es lo que es conforme a derecho y su quebrantamiento *significaría la determinación de responsabilidad penal del individuo.* Postura que hace que el debate de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad quede en franca dependencia a esta valoración. 60

Independientemente de que optemos por una u otra teoría sea tripartito o bipartito en un sistema cerrado o abierto, debemos priorizar los dos fines esenciales que el Derecho penal debe apuntar, que son la eficacia (en la persecución del delito) y garantía (del respeto de los derechos de los involucrados con ocasión de tal persecución). Así como refiere BERDUGO GÓMEZ con respecto a la eficacia: "se concreta en la pretensión de evitar aquellos comportamientos que supongan una grave perturbación para el mantenimiento y evolución del orden social al que constitucionalmente se aspira llegar"[45] y con respecto a la garantía: "por esta vía se disminuye la violencia inherente al derecho penal" al no dejar que persiguiéndose el delito cometido, provoque que se cometan de alguna manera más delitos. 61

(43) Ibídem, pp. 68-69.
(44) JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona. Op. Cit.*, p. 64.
(45) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Curso de Derecho penal. Parte general*, pp. 5-6.

62 Para finalizar este punto daremos un breve alcance de lo que a nuestro entender, para JAKOBS representan las causas de justificación dentro de su propia concepción de la teoría del delito: JAKOBS sostiene en su tratado que las causas de justificación son motivos jurídicos bien fundado para configurar un comportamiento en sí prohibido(46), al mismo tiempo indica que el comportamiento prohibido pero justificado es aceptado como socialmente soportable solo en consideración a su contexto(47), por lo que se deja percibir que el criterio de JAKOBS con respecto a las causas de justificación se asemeja al modelo que nos ofrece la teoría bipartita, pero que sin lugar a dudas no son lo mismo, puesto que la fundamentación filosófica los elementos jurídicos a valorarse con la imputación objetiva y subjetiva marcan serias distancias (amén del tajante rechazo a la visión naturalística del delito).

III. Fundamento de la legítima defensa

63 En línea de lo ya expuesto, para entrar en materia de la legítima defensa como tal y explicar el fundamento de las causas de justificación en general pues como ya veremos hay distintas posiciones que defienden las unas un único fundamento para ellas –en su conjunto– (teoría monista), y otras que postulan que para cada causa de justificación hay un fundamento propio (teorías pluralistas), pasemos a exponerlas:

64 En relación con las teorías monistas se señala que estas "(...) pretenden reducir todas las causas de justificación a un principio único" agrega JAKOBS que, "la causas de justificación son motivos bien fundados, dado que el contenido de las causas de justificación completas-paralelamente al contenido de las normas concretas cabe extraerlo teniendo en cuenta el respectivo estado de la sociedad concreta"(48). Además, cierto es que las causas de justificación no se agotan a las aludidas en el Código Penal.

65 La teoría del fin (teoría monista), según explican COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, "(...) la realización de una acción típica no es antijurídica si representa el medio justo para alcanzar un fin justo, en atención al concreto ordenamiento jurídico estatal"(49).

(46) JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 419.
(47) Ídem.
(48) MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general del delito. Op. Cit.*, p. 73.
(49) COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T., *Derecho penal. Parte general*, p. 468.

Los mismos autores afirman seguidamente que el principal reproche del 66
que es objeto esta teoría consiste en que "(...) la generalidad del principio adoptado es tanta que viene a constituir una regla sin contenido y, en consecuencia, sin apenas utilidad teórica ni práctica"(50).

Lo que constata que esta teoría está formulada con conceptos vagos e 67
indeterminados, puesto que no se identifica a qué se refiere con el término "justo", la pregunta indicada sería quién es el sujeto que determina lo que es un fin o un medio justo.

Otra de las teorías que se enmarcan dentro de la postura monista es la 68
de ponderación de intereses; ZUGALDIA ESPINAR refiere:

> "En la ponderación, sirven de parámetros de valor de los intereses en juego, 69
> el grado de necesidad de emprender una conducta lesiva de bienes jurídicos ajenos para la salvaguarda de otro bien jurídico o interés mayor (...)"(51).

Teoría que a la vez, es rechazada por gran mayoría de la doctrina puesto 70
que en la realidad no funciona para todas las causas de justificación salvo en el estado de necesidad, sin embargo, en el consentimiento (causa de justificación) muchas veces realmente no se toma en cuenta cuál es el bien jurídico mayor, sino más bien lo que hay es una ponderación interna del sujeto, lo que se deja a su mero criterio, por ejemplo: una persona que ha sufrido un accidente y necesita urgentemente una transfusión de sangre, si esta se niega a recibirlo por motivos de religión por ejemplo, nadie puede obligarla a recibir esta transfusión sin su consentimiento. En este ejemplo lo que se estaría salvaguardando, como es evidente, es la libertad de religión, y se estaría lesionando el bien jurídico penal vida. Con este ejemplo evidentemente la teoría de la Ponderación de intereses como fundamento de todas las causas de justificación encuentra su punto de quiebre.

Lo mismo sucede en la legítima defensa, no siempre el bien protegido 71
ante la defensa es mayor al que se intenta vulnerar, puesto que es lícita toda defensa que resulte necesaria y el bien jurídico objetivamente mayor puede resultar dañado en el marco de esta defensa. Por ejemplo: la violación.

Como evidentemente se desprende de este análisis, no se puede hablar 72
de un solo principio que sea fundamento de todas las causas de justificación en su conjunto, si bien de alguna manera pueden asemejarse, no todas estas

(50) Ídem.
(51) ZUGALDÍA ESPINAR, J., *Derecho penal. Parte general*, p. 559.

poseen las mismas necesidades como se constata, es por esto que frente a las deficiencias de las teorías monistas recurrimos a las teorías pluralistas.

73 Respecto a lo que nos interesa, el fundamento de la legítima defensa, la doctrina nos refiere que este responde a dos principios: el *principio de protección*, y el *principio de defensa del orden jurídico*.

1. Principio de protección

74 Se debe entender este principio como afirma MIGUEL ÁNGEL IGLESIAS RÍO: "Se reconoce la existencia de un derecho innato, atemporal y universal, enraizado en la propia naturaleza humana que impulsa al hombre, guiado por un instinto primario de auto conservación a reaccionar ante una agresión"(52).

75 Como ya hemos mencionado líneas atrás, y aunque suene muy desalentador, vivir en sociedad e interactuar con ella supone convivir con riesgos. El sujeto está proclive a encontrarse con situaciones de peligro generadas por otros hombres, peligro que puede atentar o pretender vulnerar su integridad y que no tiene por qué aguantar, y es por nuestra propia naturaleza que ante semejantes amenazas vamos a reaccionar con determinada conducta, atribuible de cada ser humano que se despliega por la propia conservación.

76 Esta inclinación natural hacia la propia conservación que tiene cada ser humano no puede ser indiferente ante los ojos del ordenamiento jurídico, toda vez que este existe con la finalidad de plantearle al sujeto una sociedad en donde este se puede desarrollar íntegra y adecuadamente, es por esto que el ordenamiento jurídico recoge a la legítima defensa como Derecho Constitucional en su artículo 2, inciso 23.

2. Principio de defensa del orden jurídico

77 Por este principio se entiende que cuando un sujeto es objeto de una agresión ilegítima por parte de otro, este primero no solo está ejerciendo de un derecho legítimo que le pertenece como ser humano apuntando a su propia conservación sino que a la vez está protegiendo y manteniendo el sistema jurídico, es decir el derecho, en pautas generales.

78 Se está ejerciendo por lo tanto no solo una defensa que por derecho propio le es indelegable a cualquier sujeto si este es agredido ilegítimamente, sino

(52) IGLESIAS RÍO, M., *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, p. 9.

se está protegiendo al mismo tiempo al ordenamiento jurídico en la medida que *no permite que se trasgreda la norma.*

Así pues en palabras coloquiales, es el derecho que en sí le brinda al indi- 79
viduo las armas necesarias para que impida que se rompa el ordenamiento con un comportamiento que en *prima facie* atenta contra bienes sociales. La conducta antijurídica del agresor lanza un mensaje directo hacia la sociedad poniendo en duda el sistema jurídico y pretendiendo que se quiebre, configurando la defensa de la víctima otro mensaje hacia la población: "El ordenamiento que me protege como persona sigue vigente; puesto que es el ordenamiento el que me protege como persona tengo derecho a la vida (si por ejemplo es una agresión contra este bien) y mi defensa reafirma el ordenamiento".

Por otro lado, es importante acotar que el sujeto víctima de una agresión 80
ilegítima ejerce una función paralela al de los operadores de justicia cuando ellos no están presentes, es por esto que no es posible ejercer legítima defensa contra un sujeto que obra antijurídicamente si es que hay órganos policiales presentes, por ejemplo (a no ser que el caso concreto señale otra dirección en la actuación del sujeto) y quienes por su propia competencia pueden ejercer el cumplimiento de un deber que es efectivamente una causa de atipicidad.

Otro argumento que sería bueno tener presente dentro de este punto es 81
que este principio de protección al ordenamiento jurídico está vinculado directamente con la posición preventiva general, más específicamente, con la prevención general positiva en la medida de que como nos ilustra IGLESIAS RÍOS:

> "(...) esta Causa de Justificación opera funcionalmente de vehículo para 82
> el fortalecimiento de la conciencia jurídica de la comunidad a participar activamente a favor del derecho, y para afianzar la estabilidad del ordenamiento jurídico frente al injusto en los casos en que los órganos policiales no estén presentes".

3. El planteamiento de JAKOBS

Según el profesor JAKOBS, quien defiende las posturas de las teorías plu- 83
ralistas, la clasificación de las causas de justificación se puede reducir a tres grupos, entre los cuales la legítima defensa se encuentra en el *Principio de Responsabilidad:*

> "El fundamento de la justificación cabe denominarlo principio de res- 84
> ponsabilidad, o a veces de modo atenuado principio del ocasionamiento por parte de la víctima de la intervención. El motivo bien fundado para

el comportamiento justificado reside en que la víctima de la intervención tiene que responder por las consecuencias de su comportamiento de organización. Constituyen ejemplos la legítima defensa, (...)"[53].

85 Una observación válida al planteamiento del profesor JAKOBS es que esta se encuentra no da una explicación respecto de cuál es el origen o el fundamento de la legítima defensa, como por ejemplo lo hace el principio de protección; se limita a describir lo que *evidentemente* le sucederá al sujeto que emprendió la agresión antijurídica, que es el tener que soportar la reacción legítima de quien hace la defensa.

IV. La legítima defensa en el Código Penal

86 Como ya hemos visto reiteradamente, la legítima defensa representa una causa de justificación en nuestro ordenamiento jurídico, un precepto que libra de responsabilidad penal a quien la ejerce y que, acogiéndonos al sector dominante en la doctrina española, afirmamos que toda causa de justificación consta de una parte objetiva y de otra subjetiva[54]; esta parte objetiva a la vez contiene dos elementos: el presupuesto, que constituiría la situación habilitante que permite ejercer la legítima defensa, y los requisitos, que constituirían los modos o condiciones de actuación y que determinarán el ejercicio mismo de la defensa.

87 Ahora bien, situándonos en la realidad nacional, el Código Penal establece:

88 "Artículo 20.- Está exento de responsabilidad penal:

89 (...)

90 3. El que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros; siempre que concurran las circunstancias siguientes:

91 a) *Agresión Ilegítima.*

92 b) *Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla. Se excluye para la valoración de este requisito el criterio de proporcionalidad de medios,* considerándose en su lugar, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de que se disponga para la defensa.

(53) JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 421.
(54) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Curso de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 280.

c) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa; 93

(...)". 94

En principio el texto peruano no discrimina la ubicación sistemática , 95
de cara a una teoría del delito de la legítima defensa, al colocar, bajo la frase
"(...) exento de responsabilidad penal" causas de justificación, de atipicidad, 96
de inimputabilidad, lo que por cierto genera confusión en su respectivo tratamiento y particular aplicación.

Además, el legislador ha optado por no hacer distinción alguna entre *el* 97
presupuesto, que es el que habilita a actuar en legítima defensa como ya lo hemos mencionado, y *los requisitos,* que son los modos o condiciones de actuación ante esta causa de justificación, lo que nos permite discrepar con tal concepción debido a que no consideramos que la agresión ilegítima tenga el mismo tratamiento o lo lleven al mismo nivel que la racionalidad del medio empleado o la falta de provocación suficiente de quien hace la defensa.

Una exposición metodológica más ordenada propondría que toda parte 98
objetiva de las causas de justificación debería presentar dos partes, puesto que si concurre *el presupuesto* pero falta alguno de *los requisitos*, se puede afirmar que se llevó a cabo una legítima defensa imperfecta, pero si por el contrario no se hizo presente el presupuesto, que es la agresión ilegítima, no se podría analizar luego los requisitos, toda vez que no se ha configurado el elemento que permitiría habilitar la legítima defensa. Lo que deja colegir que de no presentarse el presupuesto, no se configura de ninguna manera la legítima defensa; el error en el presupuesto de la causa de justificación amerita un tratamiento diferenciado.

En cuanto a la ausencia del presupuesto si, por ejemplo, un muchacho 99
encuentra a su enamorada besándose con otro; es evidentemente que se presenta una agresión, que jurídicamente no es valorable para aplicar esta causa de justificación en tanto, este no puede alegar legítima defensa por la agresión de la que está siendo objeto si reacciona propinando una serie de golpes a quien usurpó su posición en la relación, puesto que dicha agresión no supone una agresión ilegítima como exige la configuración del presupuesto de la legítima defensa.

En esa línea si consideramos la agresión ilegítima como requisito de con- 100
figuración de la legítima defensa, poniéndola en el mismo nivel que la racionalidad del medio empleado y la falta de provocación suficiente, cualquier sujeto, víctima de la intervención, *podría* alegar que el hecho de que no concurra

agresión ilegítima también lo habilita a actuar en legítima defensa, es decir, puede alegar este sujeto que fue simplemente una agresión cualquiera que no es penalmente relevante (que por ejemplo no vaya a atentar contra la vida), pero que sí concurriera cualquier *otro* requisito con lo que el sujeto no tardaría en alegar una legítima defensa imperfecta.

101 Como punto de precisión, debe mencionarse que las eximentes que libran de responsabilidad penal, esto es, las causas de justificación, que se encuentran consignadas dentro del Código Penal en *numerus clausus* en nada limitan ni agotan su número ni las clases de causas de justificación; en esta línea y concordando con el profesor ROXIN (también JAKOBS): "Las causas de justificación son tan numerosas y proceden de campos del derecho tan diversos que en una exposición de las teorías generales del Derecho penal es totalmente imposible tratarlas todas"[55].

V. Elementos objetivos de la legítima defensa

102 Se ha mencionado reiteradamente que la legítima defensa está llamada a ser ejecutada cuando se ven en peligro o existe inminencia de ser vulnerados algunos de los bienes jurídicos propios, o de terceros. Antes de comenzar viendo los elementos objetivos de la legítima defensa, es un punto clave conocer qué bienes jurídicos serían objeto jurídico de amparo por la legítima defensa, es decir, cuáles son defendibles alegando esta causa de justificación. En principio son legítimamente defendibles todos los *bienes jurídicos individuales*, esto es, la vida, salud, libertad, propiedad, honor, derecho sobre la morada, etc. Efectivamente, son *los bienes jurídicos* que serán protegidos si es que se ven atentados frente a una pronta vulneración próxima a desencadenarse; no es entonces, cualquier tipo de bien o aquellos delegados a la esfera personal, sino solo aquellos protegidos por el ordenamiento y que son penalmente relevantes, esto es, protegidos por nuestra Constitución[56].

(55) ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*. Tomo I, p. 604.

(56) En este sentido GARCÍA RIVAS, N. *El poder punitivo en el Estado Democrático*. *Op. Cit*. Cabe mencionar que esta forma de entender el bien jurídico se desprende de las llamadas "teorías constitucionales del bien jurídico" que entienden que los bienes jurídicos deben gozar indudablemente de relevancia constitucional, no solo tomando en cuenta derechos del individuo garantizados constitucionalmente, sino, a la vez, valores que son objetivamente titulados; sin embargo, como refiere GARCÍA RIVAS, estas teorías adolecen de tres objeciones: 1) la función de la Constitución es básicamente establecer las claves del ejercicio del poder político y no regular el comportamiento de los ciudadanos; 2) la falta de nitidez y la flexibilidad del texto constitucional no permite esclarecer cuál es el bien protegido; 3) no se puede hablar de un catálogo cerrado de bienes jurídicos, se debe cumplir con el principio básico del pluralismo; en esta línea, y a efectos de criticar estas objeciones que se suscitan con las mencionadas teorías constitucionalistas del bien jurídico, GARCÍA RIVAS se pronun-

La doctrina especifica que no son defendibles los bienes jurídicos de la comunidad, esto es, los *bienes jurídicos de la generalidad,* así pues, por ejemplo, un sujeto no puede alegar que ha ejercitado legítima defensa para proteger el ordenamiento público. Es cierto que la legítima defensa también sirve para el prevalecimiento del derecho, es decir, para la protección de la comunidad, pero esto únicamente se puede hacer simultáneamente si se protege un bien jurídico individual[57]. Así, no solo podemos ejercitar legítima defensa ante la agresión de nuestra propia vida, sino a la posible agresión de nuestro honor, intimidad, propiedad, etc. 103

Siguiendo con el objetivo de este punto, dentro de nuestra concepción las causas de justificación tienen elementos tanto objetivos como subjetivos, es por esto que concordamos con la doctrina al señalar que no solo analizamos la conducta que se desprende al observar al individuo, sino que también la disposición interna que tiene este al momento de realizarla. 104

Pasemos a analizar en primer lugar los elementos objetivos de la legítima defensa, esto es la conducta externa que puede ser observada: 105

1. Presupuesto: agresión ilegítima

Para comenzar viendo los elementos objetivos de la legítima defensa, debemos tener en claro el concepto de agresión el cual plantea el presupuesto de esta eximente, así nos dice ZAFFARONI: "Tanto la agresión como la defensa deben ser conductas"[58], por lo que excluiremos de nuestro concepto de agresión el ataque de animales, objetos de la naturaleza, supuestos de inacción, personas jurídicas, toda vez que el concepto de agresión que requiere la configuración de la legítima defensa debe ser obra humana. 106

cia con respecto a la primera objeción de la siguiente manera: "(...) las constituciones no se promulgan con la finalidad de ofrecer al legislador penal un catálogo de bienes jurídicos, resulta asimismo indudable que su función es la de consolidar 'normativamente' el orden de valores imperante en la sociedad de un determinado momento". Por lo que se refiere a la segunda de las objeciones, este penalista puntualiza que "(...) no va dirigida únicamente contra un concepto de bien jurídico de índole constitucional, sino contra cualquier concepto de bien jurídico (...), pero esto no impide que la labor creadora de la doctrina intente superar la dificultad añadiendo ulteriores exigencias"; por último, a lo que a la tercera de las objeciones atañe: "Creo que resulta acertada y, al mismo tiempo, considero que puede ser superada (...) se necesitaría añadir un requisito ulterior y que podríamos denominar: la necesidad de intervención penal, (...), así buscar una doble fundamentación del bien jurídico en la Constitución y en el consenso". También HEFENDEHL, señalando que los bienes jurídicos proceden de los principios que subyacen en la Constitución. En: ABANTO VÁSQUEZ, M. "Acerca de la teoría de los bienes jurídicos". En: *Libro homenaje al doctor Juan Bustos Ramírez*, p. 13.

(57) LUZÓN PEÑA, D., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, p. 625.

(58) ZAFFARONI, E., *Manual de Derecho penal. Parte general*. Tomo II, p. 630.

107 Ahora bien, el caso se torna diferente cuando por ejemplo nos dice ROXIN: "(...) es diferente cuando un hombre se sirve de un animal para la agresión, azuzando, por ejemplo a un perro contra otra persona, en tal caso el perro es solo el instrumento del hombre agresor, y matarlo si es necesario para la defensa estará justificado por la legítima defensa exactamente igual que la destrucción de otros medios agresivos"(59). En este caso el acto defensivo se orienta a evitar la agresión.

108 En el caso de objetos de la naturaleza, sería ilógico tratar de ejercer legítima defensa en contra de una roca por ejemplo, puesto que no hay una voluntad humana detrás de esta y que efectivamente se necesita, como ya hemos señalado, para que se configure la eximente.

109 Con respecto a los supuestos de inacción como son el caso de los movimientos reflejos, estados de inconciencia o la fuerza irresistible, afirmaremos que estos no calzan en el término de acción, vista desde un punto ejercida con la voluntad humana para efectos de una determinada finalidad por lo que estos supuestos no son entendidos como acción.

110 Por otro lado, no podemos ejercer legítima defensa contra personas jurídicas en la medida en que estas, como un conjunto que representan, no son receptoras de normas jurídico penales y por lo tanto no pueden determinarse conforme a ellas. Todas estas situaciones antes mencionadas calzarán en otra causa de justificación como es el estado de necesidad.

111 Debemos tener presente que la agresión en cuestión debe suponer un ataque a bienes jurídicos, es decir, se llamará agresión a toda conducta humana que representa una vulneración o amenaza a bienes jurídicos de otro.

112 Para BAIGUN y ZAFFARONI "(...) la agresión puede proceder de un inimputable o un inculpable (un niño o un psicótico) que, por ende, cabe la legítima defensa contra ellos, pues la ley no exige sino que la agresión sea ilegítima y no hay duda de que esos sujetos actúan conforme a todos los elementos, y sus actos pueden ser objetivamente antijurídicos, esto es, ilegítimos"(60). En la misma línea, el profesor de la Universidad de Burgos, MIGUEL ÁNGEL IGLESIAS RÍO, sostiene que se suma a las palabras de GÓMEZ BENITES al considerar que: "En el plano estrictamente dogmático los inimputables y los que actúan en error invencible de prohibición son seres susceptibles de cometer hechos

(59) ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 611.

(60) BAIGÚN, D., y ZAFFARONI, E., *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, p. 728.

antijurídicos ya que su situación es de mera culpabilidad. Solo manteniendo un concepto de antijuricidad específico para la legítima defensa, que permitiese afirmar que aquí la antijuricididad de la agresión exige también la culpabilidad del sujeto, o bien asumiendo un concepto subjetivo de la culpabilidad, podría ,mantenerse la tesis contraria, esta es, la de que los inculpables no pueden realizar agresiones ilegítimas y que frente a sus hechos, por tanto, no cabe legítima defensa"(61).

Finalmente, y como un punto que vemos necesario mencionar, no se puede 113
considerar agresión a la tentativa inidónea en la medida en que, por ejemplo, "quien sabe que la pistola del agresor no está cargada, no puede abatirlo de un disparo"(62), es decir, no puede actuar en amparo de la legítima defensa, puesto que aquí no hay acción que ponga en peligro o amenace realmente un bien jurídico, algo que supone la agresión en sí misma, concebida para estos efectos. Otra cosa es la valoración del error en el presupuesto de la causa de justificación en la eventualidad de que se presente. Así, en el caso en que la víctima de la supuesta agresión no conozca que el arma de su agresor está descargada, y para su propio contexto sí está ante una agresión ilegítima, se configuraría una "legítima defensa putativa", en donde, si es vencible, recibirá el tratamiento de la imprudencia, y si es invencible, se excluiría de una manera total de la pena. Esto ya lo veremos con más detalle más adelante.

Reafirmamos a la vez –como ya se ha mencionado en uno de nuestros 114
informes prácticos– que descartamos la posibilidad de entender la palabra "acción" únicamente como conducta positiva, pretendiendo distinguirla así de la omisión, la cual sería una conducta pasiva, esto es, y como ya ha sido señalado, entenderla a esta última no como un no hacer nada, sino en actuar distinto a lo que dispone la norma, con lo que evidentemente también sería una conducta positiva.

Así pues concordamos con la idea de que la agresión vista como ataque a 115
los bienes jurídicos no solo puede ser comisiva, sino también omisiva(63).

Para efectos de esta acotación y en la medida en que abarcamos todos los 116
tipos de agresión que pueden calzar dentro de la legítima defensa, no concordaremos con JOSÉ ZUGALDIA ESPINAR al referirse a que: "Las agresiones procedentes de una acción imprudente quedan excluidas del concepto de agresión

(61) IGLESIAS RÍO, M., *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*. *Op. Cit.*, pp. 87-88.
(62) ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*. *Op. Cit.*, p. 612.
(63) YON RUESTA, R. / TORRES, D., "Legítima defensa y acciones disvaliosas". *Op. Cit.*, p. 109.

antijurídica a efectos de la legítima defensa"[64], puesto que toda acción imprudente conlleva una valoración negativa, y tiene facultad de poder ser antijurídica si no concurre una causa de justificación, lo que se puede constatar siguiendo cómo configura un delito utilizando cualquier teoría o postura, por lo que sí cabría la posibilidad de ejercer legítima defensa ante una acción imprudente aunada con la concepción que tenemos de "agresión". Resulta claro que los requisitos de la agresión ilegítima imprudente deben condecirse con los requisitos de esta.

117 Para finalizar con este punto, concordamos con el profesor HURTADO POZO cuando menciona que: "los comportamientos imprudentes perturban el orden público, y la legítima defensa debe ser admitida porque su objetivo es, precisamente, el de descartar esta perturbación"[65] o como nos dice ENRIQUE BACIGALUPO: "La agresión, puede ser tanto intencional como provenir de una acción realizada sin la debida diligencia"[66].

118 De otro lado, es necesario puntualizar cómo se encuentra comprendida la legítima defensa en los delitos de mera actividad como por ejemplo la apropiación indebida, el secuestro entre otros, donde se advierte que el estado de lesión del bien jurídico en cada caso no se da en un determinado momento, sino más bien perdura en el tiempo (delito de estado: consumación instantánea y efecto permanente y delito permanente), puede ejercer legítima defensa en cualquier momento mientras dure la agresión, el sujeto se encuentra perfectamente facultado por el derecho

119 Ahora, punto importante y que se tocará líneas abajo es el hecho de que si es legítimo ejercer legítima defensa después de que la lesión ya se produjo, es decir que ya se afectó el bien jurídico y que se ve finalizada la agresión.

120 Pasemos a analizar el aspecto "ilegítimo" *en la agresión*. Aquella, básicamente se refiere a la que es propiamente antijurídica, el injusto, es decir, contraria a derecho, al ordenamiento jurídico, aquella que el individuo no está obligado, ni existe el deber a soportar, lo que le brinda *el derecho a rechazarlo o hacerlo cesar*[67]. Lo que es en sí, no se tiene razón alguna ni justificación para lesionar el bien jurídico. Cabe decir en este apartado que concordamos con MIR PUIG al señalar que cabe también la legítima defensa frente a la agresión

(64) ZUGALDÍA ESPINAR, J., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 568.
(65) HURTADO POZO, J., *Manual de Derecho penal. Parte general*, p. 529.
(66) BACIGALUPO, E., *Derecho penal. Parte general*, p. 347.
(67) ZAFFARONI, R., *Manual de Derecho penal. Parte general*. Tomo II. *Op. Cit.*, p. 476.

antijurídica de un inimputable[68], pues la ley no exige más que la agresión se antijurídica.

Pues bien, para aclarar esto último antes mencionado, así como existe 121
la agresión ilegítima, también se puede dar la agresión legítima, esta es una agresión aceptada, autorizada y conforme a derecho, por ejemplo es una agresión legítima la actuación de un policía que reduce a un sujeto alterado y violento que no permite que se le detenga por haber cometido un delito. Otro es el ejemplo de que no cabe ejercer legítima defensa contra una agresión amparada por una causa de justificación, por ejemplo, la misma legítima defensa.

Antes de pasar a las características y condiciones que debe reunir la 122
agresión ilegítima para habilitar la legítima defensa, se tiene que hacer mención que se rechaza la posibilidad de comprender la agresión como un hecho meramente naturalístico, lo que puede llevar al sujeto que ejerce la legítima defensa –frente a una agresión antijurídica– en franca desprotección frente al ordenamiento jurídico.

Para evitar tal situación se acoge al sentido normativo de la agresión, 123
dejando entender que esta no solo proviene de aquel sujeto que ejecuta la acción, la conducta, sino a todos aquellos que están involucrados en el escenario lesivo.

Así pues, podemos ejemplificar el hecho de que una mujer a altas horas 124
de la noche y que se encuentra sola en una casa fuera de la ciudad, ve por la ventana que hay dos hombres tratando de entrar a esta con el propósito de robar objetos de la misma, y uno de los sujetos se queda en la puerta de la casa fijándose que no llegue nadie a frustrar la operación mientras que el otro, al ya haber entrado forzando la puerta, comienza a meter en una bolsa el televisor plasma que está en la sala, pasando por otro cuarto; la mujer dueña de la casa, al no saber dónde está el sujeto que efectivamente está sustrayendo los objetos de su lugar, golpea con una piedra al sujeto que se encuentra en la puerta.

Quien se incline por la postura naturalística entenderá que la víctima no 125
actuó en legítima defensa, pues la persona a quien golpeó no era efectivamente quien ejecutó la acción de robar, y por esto estaría incurriendo en el delito de lesiones. Si bien valorar el hecho en su conjunto (visión normativa), concluirá que fueron indefectiblemente los dos sujetos quienes crearon la situación de peligro para el bien jurídico, en este caso el patrimonio.

(68) Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 436.

126 Pasemos ahora sí a las condiciones que debe reunir la agresión ilegítima para configurar el presupuesto de la eximente que es materia de discusión:

127 *Real:* Esto es, que la agresión ilegítima en la que se ve amenazado el sujeto que empleará la legítima defensa debe ser fáctica, es decir, no imaginada, no se puede permitir un análisis centrándose en el aspecto subjetivo del sujeto defensor. Al respecto BUSTOS RAMÍREZ refiere que "(...) este planteamiento de estimar bastante una "creencia racional" esta reñido con la exigencia del conocimiento de la agresión y también con la existencia de un derecho afectado, como la vida, la salud, el honor etc. Todo lo demás que se da es un sentimiento de inseguridad ello queda fuera del ámbito de la legítima defensa"(69).

128 Propondremos dos aspectos importantes para determinar si efectivamente una agresión es real o no:

129 Primero, debemos considerar y verificar qué tan objetiva es la puesta en peligro del bien jurídico penalmente protegido por la norma, no tomando en cuenta las percepciones subjetivas que puede tener la víctima con respecto a la situación. Este punto se evaluará *ex ante*, es decir, por ejemplo el juez determinará si colocándose en la situación y analizando todas las circunstancias que rodeaban el hecho se estaba efectuando indudablemente una agresión real.

130 Pongamos un ejemplo para ilustrar esta idea: Un asesino en serie apunta con un arma de juguete que era de su hijo a una joven, independientemente de lo que pase por la cabeza de la joven, la puesta en peligro del bien jurídico vida de ninguna manera se ve vulnerado, ni podría calzar en el término amenaza. Lo que nos llevaría a decir que no existe peligro real ante tal situación.

131 De otra manera, si el asesino en serie y la joven se percatan de que efectivamente el "arma" no es idónea para ocasionar un grave perjuicio al bien jurídico, pero el asesino agarra el juguete en mención e intenta golpear a la víctima con este mismo, entonces sí se configuraría el presupuesto de legítima defensa, en el caso de que la víctima quiera defender su integridad que es lo más factible.

132 Qué hubiera pasado si la joven no tenía ni el más mínimo conocimiento, ni la más mínima posibilidad de escapar de su error respecto de que el objeto que estaba utilizando su atacante era un juguete que efectivamente no le causaría daño alguno. Pues bien, se estaría configurando una legítima defensa

(69) BUSTOS RAMÍREZ, J., *Obras completas. Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 892.

putativa, la cual es llamada también error de tipo negativo, del cual MIR PUIG refiere "Se habla de legítima defensa putativa cuando el sujeto cree erróneamente que concurren los presupuestos objetivos de la legítima defensa"(70). Es decir, hay una falsa representación de la realidad, más específicamente, hay una falsa representación de la concurrencia del presupuesto de la legítima defensa (como ya hemos visto, la agresión ilegítima) que hace que el sujeto crea erróneamente que está ante una causa de justificación, cuando realmente no lo está.

Es indispensable conocer el tratamiento y las consecuencias que llevan a 133
los dos tipos de legítima defensa putativa que existen: 1.- "La legítima defensa putativa invencible", la cual se da cuando el sujeto víctima de la intervención aún habiendo actuado con mayor diligencia no hubiera podido superar el error en el que se encontraba(71), ilustremos el punto con el ejemplo que ya ha sido mencionado: al no conocer de armas y al ser el juguete uno semejante a como es un arma en la realidad y tomando en cuenta que la estaban amenazando de una manera muy violenta y tomándola por el cuello, la joven agarra un lapicero y se lo incrusta en el estómago a su agresor. El actuar de la joven no tendrá responsabilidad penal, esto es, su actuar trae como consecuencia la *impunidad*.

La otra clase de legítima defensa putativa es "la legítima defensa vencible", 134
en la cual el sujeto víctima de la intervención, con mayor diligencia hubiera podido superar el error en el que se encontraba, veámoslo en un ejemplo: M se encuentra en una calle oscura y escasamente ve una sombra de alguien acercándose; ese alguien por la silueta de la sombra tiene un cuchillo entre manos. M agarra una piedra, dándose vuelta la arroja contra el supuesto agresor. Luego se da cuenta de que era una viejita con una vela apagada en mano: supuso, entonces, que estaba ante una agresión ilegitima, pero pudo –antes– cerciorarse si era eso realmente así, volteando y comprobando si realmente se hallaba ante un peligro semejante. En este caso, la consecuencia de su actuar, dará como resultado, si es muerte, el homicidio por *imprudencia*, si tal es el caso que solo le rompió un brazo, la consecuencia será tratada como lesiones graves (Arts. 111 y 121 CP, respectivamente).

Actualidad e inminencia: Cuando se hace referencia a qué elementos deben 135
concurrir para configurar una agresión ilegítima, debe hablarse indefectiblemente de la actualidad e inminencia de la agresión. Para entrar de cara al tema, es necesario precisar que los dos términos expuestos a nuestro haber se conciben como estrechos en sus conceptos, por lo que no optamos por separarlos.

(70) MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 440.
(71) MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte general*, p. 314.

Como nos dice BACIGALUPO: "La inminencia de la agresión, es decir, la decisión irrevocable del agresor de dar comienzo a ella, es equivalente a la actualidad", así, optamos por dar como equivalente el término de inminencia y actualidad a la idea de "próximo a desencadenarse" y a la idea que vale intervenir para evitar la lesión en el momento que resulte más eficaz.

136 Así, para dar un mejor alcance a esta última idea, es de concordarse con BUSTOS RAMÍREZ al referirse a: "(...) una agresión sigue siendo tal mientras la lesión del bien jurídico no se haya consumado totalmente"(72). Un ejemplo sería el secuestro, donde la víctima de este podría ejercer legítima defensa en el momento que sus captores intentan meterla en el auto o podría ejercerla en el momento en que le traen la comida después de un día secuestrada. También podríamos ejemplificar este punto con el intento de robo, se podría ejercer legítima defensa en el momento del forcejeo o mientras el ladrón lleva en el brazo el objeto sustraído (en el presente ejemplo citado se pueden distinguir tres elementos: objeto jurídico, el bien jurídico, que en el presente ejemplo es el patrimonio; objeto de protección, el bien material en sí mismo, esto es por ejemplo una cartera; y el objeto de la acción, la redacción que se encuentra en el Código Penal de cómo se realiza la acción lesiva, en este caso "el sustraer"(73)).

137 Al respecto, es difícil considerar la llamada "legítima defensa mecánica" (trampas de electricidad, por ejemplo) dentro de los alcances que hemos planteado, pues en estas efectivamente faltarían la actualidad e inminencia; lo que poseen estos elementos en sí, ya sean trampas de electricidad o un perro rabioso dentro de nuestra casa, es que tienen el carácter de permanente. Una manera de salvaguardar el concepto de legítima defensa mecánica sería proponer que los sujetos que se sirven de ella pongan en alarma al público como medio de prevención.

138 Continuando en la misma línea, debemos tener en cuenta un punto esencial, este es respondernos la pregunta si es legítimo defenderse cuando la agresión ya se haya dado, es decir, la agresión haya terminado, esté consumada. Veámoslo en un ejemplo: una joven que acaba de ser violada y justo cuando su agresor está en disposición de irse, esta, al percatarse de que hay una vara de fierro cerca de ella, la toma por las manos y le da al agresor un golpe que lo mata.

(72) BUSTOS RAMÍREZ, J. / HORMAZÁBAL MALAREÉ, H., *Lecciones de Derecho penal*, p. 124.
(73) CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales. Op. Cit.*, p. 213.

Como se evidencia, la agresión ilegítima de la que fue víctima la joven ya había sido consumada, por lo tanto la defensa que ella ejerce después de haber sido finiquitado y agotado el acto de agresión no está configurada por la actualidad e inminencia que debe tener la agresión ilegítima para considerarse la puesta en práctica de la legítima defensa; a este tipo de defensa lo llamamos "exceso extensivo de la legítima defensa", y es tratado como un *error de prohibición indirecta* y se enmarca dentro del análisis de la culpabilidad. 139

A modo de terminar con la idea de "exceso extensivo", otro punto importante es tener presente que este se configura de la misma manera cuando la persona que es víctima de una agresión antijurídica repele la agresión y se prolonga en el ejercicio válido de la legítima defensa más allá del periodo donde ya desapareció la agresión. Ejemplo: dos personas vienen a querer asaltar a un sujeto y este último, experto en karate, los neutraliza, y aun así, sabiendo que ya no se encuentra en peligro, que la agresión actual e inminente ha desaparecido, sigue propinándoles golpes; se ha excedido entonces en el tiempo en el que este podía ejercer válidamente su defensa. Ya no había peligro, se habría excedido en el límite en el cual podía actuar. 140

2. Requisito: necesidad racional del medio empleado

La necesidad racional del medio empleado es objeto de mucha polémica, pues en reiteradas oportunidades fue confundida, por la jurisprudencia, con la "proporcionalidad". No así por la doctrina. Por ello, resulta necesario marcar la diferencia entre estos dos conceptos. Bustos Ramírez fija la diferencia de esta manera: 141

> "El de proporcionalidad dice relación, en primer lugar, con la jerarquización absoluta y clara de los bienes jurídicos en juego, y, luego con las afectaciones objetivas que pueden recaer sobre ellos. (...) Así, los bienes jurídicos más importantes estará protegidos con penas más graves y una puesta en peligro será siempre menos grave que una lección efectiva del mismo bien. 142
>
> En cambio la racionalidad no se puede determinar de forma abstracta, objetiva y general como la proporcionalidad, sino que dependerá de una situación concreta y de las circunstancias de la realidad. La racionalidad será aprehendida ex ante conforme a la situación personal y circunstancias en el que se encontraba el defensor en el momento de defenderse"[74]. 143

(74) Bustos Ramírez, J. / Hormazábal Malareé, H., *Lecciones de Derecho penal. Op. Cit.*, p. 129.

144 Nuestro ordenamiento dejó, hace mucho tiempo de lado, el concepto de proporcionalidad por el de *racionalidad del medio empleado*. El caso de Colombia, por ejemplo, que aún sostiene la idea de *proporcionalidad* dentro de los requisitos de la legítima defensa: "No habrá lugar a responsabilidad penal cuando: (...) 6.- Se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa *sea proporcionada* a la agresión. Se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intenta penetrar o haya penetrado en su habitación o dependencia inmediatas (...)"[75].

145 La legislación colombiana, en cuanto a su redacción, acepta que debe haber proporcionalidad entre la defensa y la agresión: esto podría ser entendido como si se le ataca con una pistola, la otra persona debe defenderse con una pistola, si es la agresión con un cuchillo, la persona que ejerce la defensa debe empuñar un cuchillo; sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia colombiana han transitado hacia interpretar proporcionalidad como racionalidad del medio empleado.

146 Así pues, agresor y defensor no se hayan en una posición igualmente válida frente al orden jurídico. Mientras que el agresor niega el derecho, el defensor lo afirma. Siendo así, el derecho se inclina a favor del defensor y, en principio, le permite lesionar al agresor en la medida en que resulte necesario para impedir que el injusto prevalezca sobre el derecho. La racionalidad del medio empleado será la medida más adecuada o eficaz para repeler o neutralizar la agresión ilegítima: En un caso de intento de violación, la víctima se defenderá ante su agresor con el medio que tenga disponible, si es único y las circunstancias de valoración *ex ante* así lo ameritan, es el que será utilizado, si hubiera más medios y menos lesivos, se utilizaría uno de ellos. Esto se evaluará en el caso concreto.

147 En ese sentido resulta de suma importancia cuidar que la respuesta a la agresión ilegítima sea la más adecuada para evitar la lesión injustificada del bien jurídico protegido, evitando incurrir en excesos[76].

148 Un punto final al respecto sería evaluar qué es lo que ocurre si quien ejerce la legítima defensa no emplea un medio racional para repeler la agresión, esto es por ejemplo: W es un experto en karate y camina por la calle con un revólver cargado cuando de pronto un sujeto le intenta hurtar la billetera

(75) Velásquez Velásquez, F., *Manual de Derecho penal. Parte general*, p. 376.
(76) Yon Ruesta, R. / Torres, D., "Legítima defensa y acciones disvaliosas". *Op. Cit.*, p. 114.

de lo que aprovecha para sacar el arma y disparar deliberadamente. Efectivamente no se ha utilizado el medio racional, el cual es un requisito para que se configure la legítima defensa, lo que configura un "exceso intensivo en la legítima defensa" que trae como consecuencia el aplicar el artículo 21 del Código Penal: eximentes incompletas(77).

3. Falta de provocación suficiente

149 Otro de los requisitos que hacen que se configure la legítima defensa perfecta es la falta de provocación suficiente del que hace la defensa; es así, que si es que concurren tanto el presupuesto que es la agresión ilegítima, y concurren tanto los dos requisitos o condiciones que en este caso son la necesidad racional del medio empleado y la falta de provocación suficiente de quien hace la defensa, se estaría configurando una legítima defensa perfecta, esto es, la consecuencia de este ejercicio, con las circunstancias descritas, sería la total impunidad.

150 La provocación debe ser suficiente para el agresor (algo con lo que ya hemos sabido discrepar, pues es casi imposible, por no decir nunca, conocer o determinar a ciencia cierta qué es lo suficiente para un sujeto), para esto se debe ajustar a mínimos requerimientos a ser valorados objetivamente. De esta manera, mientras siga vigente la redacción del artículo 20 CP nos inclinamos por la exigencia que la provocación debe ser real, dolosa o imprudente, y suficiente(78).

151 Así una provocación será real cuando, independientemente de la imaginación del agresor, se pueda constatar objetivamente, es decir, no podemos dejarlo en el lado subjetivo. En síntesis, esta se debe presentar en forma real y concreta. Un ejemplo sería que una joven, al ver a su enamorado conversando con otra chica, la comience a agarrar a cachetadas a la segunda, aludiendo que le querían quitar a su enamorado.

152 La provocación dolosa hace referencia a que quien provoca lo hace con el objeto de encontrar en la otra parte una respuesta violenta a la par que tiene pleno conocimiento de la manera que está actuando. Será, por otro lado, una provocación imprudente cuando aquel comportamiento pudo haber sido previsto, por el autor, de obrar con diligencia.

(77) Para este punto YON RUESTA, R., "Eximentes incompletas". En: *Código Penal comentado*, pp. 853-883.
(78) BUSTOS RAMÍREZ, J., *Obras completas. Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 892.

153 Para mayor alcance debemos precisar que tanto la acción dolosa cuanto imprudente están orientadas a provocar al agresor y no a la realización de un delito.

154 Por último, una provocación será suficiente para el agresor en tanto es apta para llevar a cabo el acto lesivo. Como ya hemos mencionado, es muy difícil determinar cuándo una provocación será suficiente para un sujeto aun conozcamos enteramente a este, pues en el momento que se lleva a cabo la provocación es imposible meternos en la mente del sujeto a quien se quiere provocar y verificar si eso lo va a hacer cometer alguna agresión.

155 Por lo expuesto, reiteramos nuestra posición de que somos de la postura de sugerir la evaluación de la vigencia legislativa del presente requisito como componente de esta causa de justificación.

VI. Elementos subjetivos de la legítima defensa

156 Ya analizados los elementos objetivos de este tipo permisivo, concordaremos con la doctrina al afirmar que las causas de justificación no solo contienen elementos fácticos que pueden desprenderse de la realidad sino también están compuestas por elementos subjetivos que serán desarrollados en este punto.

157 Al tomar en cuenta en el análisis de toda causa de justificación a los elementos subjetivos estamos haciendo referencia a la valoración fáctica respecto a si los sucesos en los que se desplegó la legítima defensa fueron en defensa de bienes jurídicos o, por el contrario, para atentar contra estos. Por tanto no se pretende incursionar en la mente del sujeto (psiquis) para conocer cuáles fueron las circunstancias que lo llevaron a comportarse de dicha manera, sino de desvalorar su conducta, el resultado típico y la secuencia material con ocasión de la defensa propia o de tercero.

158 Por esta razón, nos permitimos decir que todo análisis que tienda a solo valorar los elementos objetivos o solo los elementos subjetivos sería un análisis parcial, entrecortado que no asume la valoración global de la legítima defensa.

159 Siguiendo en la misma línea, parte de la doctrina opta por identificar como componentes de los elementos subjetivos al *conocimiento* que es parte de una agresión ilegítima *aunado con la valoración del acto de defensa desplegada*. El profesor Hurtado Pozo, desde una visión naturalística, señala: "(...) debe ser

consciente de las circunstancias materiales en las que se defiende y la intención de defenderse"[79].

Esta perspectiva que el conocimiento radicará en que la víctima de la agresión ilegítima cuente con elementos cognitivos, esto es, que cuente con elementos del suceso fáctico (propios y de su entorno) que le permitan reconocer que se encuentra ante una agresión que está por desencadenarse o se está cometiendo contra alguno de sus bienes jurídicos, y por otro lado que cuente con la voluntad de realizar actos de defensa. Así, MIR PUIG, desde una visión valorativa, refiere: "No es preciso, además, que guíe al sujeto el ánimo de defensa. Puede obrar por motivos distintos como el de venganza u odio (...)"[80]; así optaremos por admitir como único componente subjetivo de la legítima, defensa solo el conocimiento de la agresión ilegítima, ya que consideramos pues que la voluntad es algo que ya está implícito en el conocimiento, es algo innato del ser humano; es así que, con tan solo el conocimiento de que nos encontramos frente a un mal o peligro real, actual e inminente contra alguno de nuestros bienes jurídicos, vamos a reaccionar. 160

Además, proponer a la voluntad como componente independiente de la legítima defensa sería proponer un análisis exhaustivo y casi imposible de determinar, pues esta muchas veces hace que uno actúe arrastrado por un sentimiento de cólera, ira de verse en peligro o sentimientos semejantes. Así: "En un mismo acto puede caber varias intenciones y también puede una intención ir acompañada por diferentes disposiciones internas, todas ellas difíciles de probar en juicio. Puede darse entonces, que el que actúa con el fin de defenderse puede también satisfacer un íntimo deseo de venganza. Estas 'segundas intenciones' y estas 'disposiciones internas' son totalmente irrelevantes para la justificación (...)"[81]. 161

Como señala ZAFFARONI, la voluntad en este aspecto sería un elemento irrelevante en la justificación y altamente difícil de probar, pues en el caso del perro que cita, ¿cómo podemos evidenciar que la persona que mata al perro porque se encontró, digamos fortuitamente en peligro, lo hace porque es un sádico que le encanta ver morir a animales?; eso solo tendría explicación si nos adentramos en la mente de la persona, cosa imposible de hacer y por lo tanto muy difícil, si no imposible de probar. 162

(79) HURTADO POZO, J., *Manual de Derecho penal. Op. Cit.*, p. 542.
(80) MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 438.
(81) ZAFFARONI, E., *Manual de Derecho penal.* Tomo I, p. 623.

163 Así pues y para finalizar este punto, si no se da el elemento subjetivo no se puede hablar de una configuración de legítima *defensa*. La idea que quedaría inconclusa sería cómo se actuaría en legítima defensa si no reconocemos que se está ante una posible afectación de un bien jurídico; en este caso, podríamos hablar entonces, de una posible tentativa, tomemos el ejemplo de MIR PUIG: después de la discusión violenta, y tras haber dado la espalda a su adversario B, A se gira y dispara repentinamente sobre aquel sin saber que con ello evitaba que B lo hubiera hecho antes, pues por su posición no había advertido que B se disponía a dispararle.

164 En este caso, de ninguna manera se puede alegar legítima defensa, pues A no tenía conocimiento de que B también tenía la intención de acabar con la vida de este. Así pues, si falta el elemento subjetivo, así se hayan hecho presentes los elementos objetivos, no se puede alegar que se encuentra amparado bajo una causa de justificación. En esa línea y como ya se expusiera en otra oportunidad existirá una acción disvaliosa con resultado justificado (tentativa inidónea). El profesor BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, señalando el caso paralelo del cumplimiento de un deber, menciona: "Según una corriente de opinión, de raíz germánica, en estos casos debería castigarse con la pena de la tentativa. Se aduce para ello la evidencia de que en un caso como este persiste un desvalor de acción (porque se obró en cumplimiento de un deber) pero no concurre ningún desvalor de resultado (porque, sin saberlo, se cumplió efectivamente con un deber)"[82].

VII. La legítima defensa en el marco del Derecho penal económico

165 El Derecho penal económico es

166 "(...) el conjunto de normas penales que sancionan las conductas que atentan gravemente contra bienes jurídicos (supraindividuales importantes para el funcionamiento del sistema económico y para el libre desarrollo individual dentro de dicho sistema"[83].

167 La primera idea que vendrá a la mente del lector, luego de lo que hasta aquí se ha dicho, es cómo se puede configurar una causa de justificación en la esfera penal económica; para este punto, el profesor GARCÍA CAVERO señala: "la posición extendida de que el Derecho penal económico protege bienes

(82) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Curso de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, pp. 258-286.
(83) ABANTO VÁSQUEZ, M., *Derecho penal económico. Parte especial*, p. 32.

jurídicos supraindividuales, ha dado pie a un sector de la doctrina penal para negar la relevancia de la legítima defensa en este sector, pues se trata de una estructura de descargo de la imputación que opera solamente contra ataques a bienes jurídicos individuales"[84], en esta línea, el mencionado profesor es de la idea que se reconoce que existen delitos económicos que pueden representar ataques individualizados[85], esto es, que se puede alegar legítima defensa siempre y cuando recaigan las agresiones a determinados órganos de una empresa.

168 Por otro lado el mencionado profesor de la Universidad de Piura precisa que es un punto polémico considerar el ejercicio de la legítima defensa dentro de los conflictos de las empresas, esto, en el sentido de que hemos venido desarrollando que la causa de justificación no podría concebirse, al ya haber sido excluidas las personas jurídicas como agresoras ilegítimas, toda vez que aun cuando son receptoras de normas jurídico penales, todavía no existe un amplio reconocimiento de *societas delinquere potest* (lo que por cierto urge delimitar y legislar, sobre todo para los delitos socioeconómicos). En la misma línea García Cavero refiere que la doctrina penal les ha negado a las personas jurídicas la calidad de agresoras y autoriza solamente una defensa necesaria ante los actos de los órganos que son componentes de estas[86].

169 El tema se torna diferente cuando hacemos referencia a que la persona jurídica es la agraviada en el caso concreto, pues bien, concordando con Roxin diremos que se puede alegar legítima defensa a favor de personas jurídicas de derecho privado o de derecho público pues: "(...) no se ve ninguna razón por la que p. ej. la defensa frente a una agresión de hurto al patrimonio de una sociedad anónima debiera tratarse desde el punto de vista de la legítima defensa de modo distinto que frente a la agresión a la propiedad de un particular. De ello se desprende que también hay un derecho de legítima defensa del ciudadano individual frente a agresiones antijurídicas a los intereses vitales del Estado"[87].

170 Un punto particular y que sin lugar a dudas tenemos que hacer referencia es al hecho de que se ha reconocido, fuera del ámbito particular, como posible el ejercer legítima defensa en el caso de ataques al "derecho de uso" de los bienes públicos[88], para efectos de dilucidar esta idea, recurriremos al profesor Jakobs, quien nos refiere que "también el derecho al uso común sin obstáculos

(84) García Cavero, P., *Derecho penal económico. Parte general*. Tomo I, p. 594.
(85) Ídem.
(86) Ibídem p. 595.
(87) Roxin, C., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 628.
(88) García Cavero, P., *Derecho penal económico. Parte general*. Tomo I. *Op. Cit.*, pp. 594-595.

es susceptible de legítima defensa; la defensa contra aquel que cierra la carretera o la calle es incluso una acción prototípica de la legítima defensa"[89].

171 El profesor de la Universidad de Bonn no se refieren a que algún sujeto determinado pueda ejercer legítima defensa en virtud de salvaguardar el orden público, por ejemplo, puesto que esta supuesta defensa ya sería de orden genérico y es imposible probar qué tanto y en qué medida es defendible el orden público. Así, indica en su tratado que "los bienes pueden corresponder al que se defiende o a terceras personas, y entre estas las de derecho público, sobre todo al Estado (...) *siempre que se trate de bienes jurídicos individuales* en manos públicas (...)"[90].

172 La defensa en "el derecho de uso" en la medida que afecten y se vean involucrados bienes jurídicos particulares o de terceros es válida, como afirma Jakobs. En el ejemplo anterior, aquel que cierra la carretera, está afectando sin lugar a dudas el derecho de otras personas de usarla, agrediendo su libertad de actuar (transitar libremente) y el ordenamiento jurídico deberá estar a su favor si repele la agresión de la que está siendo objeto, con lo que estamos de acuerdo.

173 Es preciso para finalizar este punto puntualizar que de cara a la realidad moderna existen y se van formulando nuevas formas de criminalidad, por ejemplo, los nuevos delitos socioeconómicos, los cuales la mayor parte son perpetrados desde una empresa: "(...) nuevas formas de criminalidad como los delitos en los negocios (comprendidos aquellos contra el consumidor), los atentados contra el medio ambiente y el crimen organizado, colocan a los sistemas y medios tradicionales de derecho penal frente a dificultades tan grandes que resulta indispensable una nueva manera de abordar los problemas"[91]. En esta línea y en la medida en que estos nuevos delitos se van incorporando en nuestra sociedad con un incremento cada vez más alto, se ve necesario prestar atención a lo que "responsabilidad de personas jurídicas" refiere, así como buscar la forma más efectiva para que se les dé el reconocimiento debido dentro del ámbito penal, puesto que la realidad social así lo exige.

174 Mientras se valora y discute legislar respecto de la responsabilidad penal de la persona jurídica (para lo cual nos deberemos despercudir de tabúes que pretenden desconocer la unidad lesiva tanto de la persona natural cuanto jurídica), la moderna criminalidad utiliza, cada vez con mayor frecuencia, a

(89) Jakobs, G., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 459.
(90) Ídem.
(91) Tiedemann, K., *Temas de Derecho penal económico y ambiental*, p. 204.

la empresa para perpetrar delitos socioeconómicos y también los tradicionales. Hasta entonces, se podrá valorar la aplicación de la legítima defensa solo hasta para los delitos contra bienes jurídicos supraindividuales con resultado de peligro para bienes jurídicos individuales.

VIII. Estado de necesidad defensivo

175 El estado de necesidad representa otra causa de justificación dentro de la teoría del delito, estando prescrito en el inciso 4 del artículo 20 del Código Penal. Aunque no se haya recogido dentro de nuestra legislación, parte de la doctrina considera la existencia del *estado de necesidad defensivo,* en la que, veremos, sería una modalidad de la legítima defensa[92] o, para algunos se encontrará entre la legítima defensa y el estado de necesidad[93].

176 Concordaremos con las consideraciones que nos brindan tanto ROXIN[94] como JESCHECK[95] al apuntar a que el estado de necesidad defensivo será ejercido contra "cosas", principalmente contra ataques de animales (ajenos o que carecen de dueño)[96] así como nos refiere ROXIN: "ante peligros procedentes de cosas el estado de necesidad defensivo permite dañar o destruir la cosa peligrosa si ello es necesario para hacer frente al peligro y el daño (...)", de esta manera se puede ejercer el estado de necesidad defensivo contra un perro que atenta contra nuestra integridad o igualmente que esté dañando un valioso reloj, herencia de antepasados, sin necesidad de poner en peligro nuestra integridad.

177 El estado de necesidad defensivo constará entonces, al igual que la legítima defensa, de ejercer defensa propia en la medida en que esta sea necesaria sin perjuicio de que se dañe el bien jurídico mayor. La diferencia, en cambio, radicará en el valor que se le da al bien jurídico que se lesiona al ejercer tanto la legítima defensa cuanto el estado de necesidad defensivo: para que se configure una legítima defensa esta supone una agresión de conducta humana; el ejercer legítima defensa sin duda vulnerará un bien jurídico de la propia persona que agredió ilegítimamente, esto es su vida, salud, integridad etc.; en cambio en el ejercicio del estado de necesidad defensivo se vulnera un bien jurídico (patrimonio por ejemplo), mucho menor, que no es comparable con

(92) ARMAZA GALDÓS, J., *Elementos negativos del tipo*, p. 60.
(93) LUZÓN PEÑA, D., *Aspectos esenciales de la legítima defensa. Op. Cit.*, pp. 570-571.
(94) ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 611.
(95) JESCHECK, H., *Tratado de Derecho penal. Parte general*, p. 381.
(96) Ídem.

los bienes que se protegen con la legítima defensa pues viene a ser indudablemente un daño menor causado exclusivamente por una "cosa".

178 Por ejemplo, valorar el daño a un perro y el daño a una persona tendrá diferentes apreciaciones jurídicas: "La diferencia se explica por el hecho de que, en principio, el ataque de una persona desencadena el interés de la colectividad en afirmación del derecho, mientras que el peligro que origina la cosa no es más que un suceso natural que no significa un menosprecio de la vida jurídica del afectado"[97].

179 La legítima defensa no solo es expuesta –por nuestro ordenamiento– al amparo del Código Penal, como "eximente de responsabilidad penal" (con las observaciones expuestas a esta frase), sino que, además, constituye un actuar en ejercicio de un derecho constitucional. Es así como, al tener esta naturaleza, debe merecer la mayor relevancia para el fiscal, al evaluar si es que –efectivamente– concurre el presupuesto y los requisitos que deben tenerse en cuenta para aplicar esta causa de justificación y, de ser el caso, abstenerse de ejercer la acción penal, de formular acusación o retirar la acusación ya emitida (en aplicación de esta según su particular teoría del delito).

IX. Bibliografía

180 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, "Acerca de la teoría de los bienes jurídicos". En: *Libro homenaje al doctor Juan Bustos Ramírez*. Idemsa, Lima, 2007; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Derecho penal económico. Parte especial*. Idemsa, Lima, 2000; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, "El llamado Derecho penal del enemigo, especial referencia al llamado Derecho penal económico". En: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coordinador), *Derecho penal del enemigo, el discurso penal de la exclusión*. Edisofer e B d f, España-Uruguay, 2006; ARMAZA GALDÓS, Julio, *Elementos negativos del tipo*. Jurista Editores, Lima, 2002; BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general*. ARA, Lima, 2004; BAIGÚN, David y ZAFFARONI, Eugenio. *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*. Hammurabi, Buenos Aires, 1997; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *Curso de Derecho penal. Parte general*. Ediciones Experiencia, Madrid, 2004; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Obras completas. Derecho penal. Parte general*. ARA, Lima, 2005; BUSTOS RAMÍREZ, Juan / HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de Derecho penal*. Trotta, Madrid, 1999; COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal. Parte general*. 5ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; DURÁN

(97) Ibídem, p. 382.

MIGLIARDI, Mario, "El Derecho penal del enemigo. Formulación y observaciones críticas en el contexto del debate sobre la modernización y expansión del Derecho penal". En: *El Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Volumen II. Edisofer, Madrid, 2006; GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *La filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997; GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte general*. Tomo I. 2ª edición. Grijley, Lima, 2007; GARCÍA RIVAS, Nicolás, *El poder punitivo en el Estado Democrático*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996; HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. 2ª edición. Trotta, Madrid, 2000; HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal. Parte general*. 3ª edición. Tomo I. Grijley, Lima, 2005; IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*. Comares, Granada, 1999; JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*. 2ª edición. Marcial Pons, Madrid, 1997; JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*. Grijley, Madrid, 2001; JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Civitas, Madrid, 1996; JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal. Parte general*. 5ª edición. Comares, Granada, 2002; LUZÓN PEÑA, Diego, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. 2ª edición. B d f, 2002; MAURACH, Reinhart, *Derecho penal. Parte general*. Astrea, Buenos Aires, 1994; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*. 7ª edición. Reppertor, Barcelona, 2004; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte general*. 24ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*. 2ª edición. Temis, Bogotá, 1999; ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*. Tomo I, 1997; ROXIN, Claus, *La teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Depalma, Buenos Aires, 1979; SÁNCHEZ MÁLAGA CARRILLO, Armando, *Limitaciones de un Derecho penal de la exclusión. Plan de acción alternativo al Derecho penal del enemigo*. Tesis sustentada en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2008; SCHÜNEMANN, Bernd, *Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio*. Idemsa, Lima, 2006; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Bosch, Barcelona, 1992; TIEDEMANN, Klaus, *Temas de Derecho penal económico y ambiental*. Idemsa, Lima, 1999; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *Manual de Derecho penal. Parte general*. 2ª edición. Temis, Bogotá, 2002; VILAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal. Parte general*. Grijley, Lima, 2005; YON RUESTA, Roger. "Eximentes incompletas". En: AA. VV., *Código Penal comentado*. Tomo I. Gaceta Jurídica, Lima, 2004; YON RUESTA, Roger / TORRES, Daniel, "Legítima defensa y acciones disvaliosas". En: *Actualidad Penal* T. 172. Gaceta Jurídica, marzo, 2008; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho penal. Parte general*. Tomo I. 2ª edición. Ediar, Buenos Aires, 2006; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho penal. Parte general*. Tomo II. Ediciones Jurídicas. Lima, 1986; ZUGALDÍA ESPINAR, José, *Derecho penal. Parte general*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Política criminal*. Colex, Madrid, 2002.

§ 20.4
Estado de necesidad justificante

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

Sumario

	Nm	P
I. Introducción	1	108
II. Fundamento teórico	3	108
III. Clases de estado de necesidad justificante	5	109
1. Estado de necesidad agresivo	7	111
2. Estado de necesidad defensivo	9	111
3. Estado de necesidad coactivo	11	112
IV. Estructura del estado de necesidad justificante	14	113
1. Situación de necesidad (*Notstandslage*)	15	114
1.1. Actualidad del peligro	16	114
2. Conducta necesaria salvadora (*Notstandshandlung*)	21	116
2.1. Reglas que rigen la conducta necesaria en el estado de necesidad agresivo	24	117
2.2. Reglas que rigen la conducta necesaria en el estado de necesidad defensivo	28	120
2.3. Reglas que rigen la conducta necesaria en el estado de necesidad coactivo	30	121
V. Requisitos del estado de necesidad justificante	33	122
1. Primer requisito: predominancia del bien jurídico salvaguardado sobre el interés lesionado	34	122
1.1. Predominancia del bien jurídico salvaguardado en virtud de la ponderación de la importancia de los bienes jurídicos en conflicto	39	123
a) Primera situación de ponderación de intereses	42	124
b) Segunda situación de ponderación de intereses	44	126
c) Tercera situación de ponderación de intereses	45	126
d) Cuarta situación de ponderación de intereses	46	127
1.2. Predominancia del bien jurídico salvaguardado en virtud de la ponderación de la competencia o incompetencia de deberes especiales de sacrificio por parte del sujeto necesitado	47	127
2. Segundo requisito: empleo del medio adecuado para vencer el peligro	51	130
3. Tercer requisito: no provocación de la situación de necesidad por el sujeto que realiza la acción típica de salvaguarda	54	131
VI. Estado de necesidad putativo	60	134
VII. Bienes o intereses jurídicos susceptibles de preservación mediante estado de necesidad justificante	65	136
VIII. Bibliografía	66	137

§ 20.4.- Exención de responsabilidad por estado de necesidad justificante

"Está exento de responsabilidad penal:

(...)

4. El que, ante un peligro actual e insuperable de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico, realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro de sí o de otro, siempre que concurran los siguientes requisitos: a) Cuando de la apreciación de los bienes jurídicos en conflicto afectados y de la intensidad del peligro que amenaza, el bien protegido resulta predominante sobre el interés dañado; y, b) Cuando se emplee un medio adecuado para vencer el peligro;

(...)"

I. Introducción

1 En el fundamento y estructura normativa del estado de necesidad justificante subyacen importantes categorías que le dan sentido y vigencia. Por eso, el presente comentario comienza con una breve explicación del fundamento teórico del estado de necesidad justificante; luego se explican las principales clases de estado de necesidad justificante que existen a nivel dogmático; a continuación, se analiza los elementos materiales que constituyen los presupuestos del estado de necesidad justificante; finalmente, se explican los requisitos que deben cumplirse para que se configure dicho instituto jurídico.

2 El estado de necesidad justificante –igual que el estado de necesidad exculpante– es una categoría jurídica que ha sido creada por el derecho. Por lo tanto, su definición y fundamento también tienen que formularse desde el prisma del derecho y de la libertad. A partir de dicha premisa, considero que el estado de necesidad justificante –como su propio nombre lo indica– es una *causa de justificación*, en tanto justifica jurídicamente la realización de una conducta típica y, en consecuencia, exime de responsabilidad penal a quien actúa amparado por dicho instituto.

II. Fundamento teórico

3 El estado de necesidad justificante, al ser una construcción jurídica, tiene el mismo fundamento y los mismos fines del derecho en general y del Derecho penal en particular. En ese sentido, el fundamento del estado de necesidad justificante no es otro que la garantización y protección de la libertad jurídica, tanto en su manifestación negativa, como en su expresión positiva. En tal sentido, el estado de necesidad –al igual que las demás causas que eximen

de responsabilidad penal– es un elemento imprescindible del funcionamiento dialéctico del sistema jurídico en sus tareas de creación y protección de la libertad. Porque la libertad jurídica (colectiva e individual) se crea y/o protege tanto por medio de la imposición de una sanción penal cuando se lleva a cabo un comportamiento que niega al derecho, como a través de la exclusión de una sanción punitiva, en virtud de que la conducta desarrollada representa la realización de los fines del ordenamiento jurídico, como es el caso del estado de necesidad justificante.

A partir de dicha premisa se rechazan aquellas tesis que fundamentan 4
el estado de necesidad justificante en la existencia de un peligro, en la necesidad de menoscabar bienes jurídicos de terceros para superar la situación de necesidad o en la falta de necesidad preventiva de imponer una pena(1). Tales tesis confunden el fundamento del estado de necesidad, bien con los elementos que forman parte de la estructura de dicho instituto, bien con los requisitos que deben concurrir para que se excluya de responsabilidad a quien realiza una conducta típica para superar el peligro. Ello se debe a que el fundamento del estado de necesidad justificante no se vincula con las preguntas relativas a ¿cuándo se configura dicho instituto? y ¿cuáles son los requisitos que deben concurrir para no imponer una pena a quien actúa amparado por tal eximente?, sino con el ¿por qué o para qué existe el estado de necesidad justificante. Al respecto, solo hay una respuesta: a saber, "para materializar los fines del Derecho (penal)", es decir, "para proteger la libertad".

III. Clases de estado de necesidad justificante

A nivel teórico se diferencia entre estado de necesidad justificante agresivo(2), 5
estado de necesidad justificante defensivo(3), estado de necesidad justificante

(1) De ese modo, JAKOBS, G., *AT*, § 20, nm. 1 ss.; JAKOBS, G., *Schuld und Prävention*, p. 20 ss.; KINDHÄUSER, U., *Gefährdung als Straftat*, p. 36 ss.; MÜSSIG, B., *Münchener Kommentar*, § 35, nm. 3; ROXIN, C., *AT*. Tomo I, § 22, nm. 6, p. 11 ss.; ROXIN, C., "Schuld und Verantwortlichkeit als strafrechtliche Systemkategorien". En: ROXIN, C., (Herausgeber), *FS-Henkel*, p. 182 ss.; ROXIN, C., "Zur Problematik des Schuldstrafrechts". En: *ZStW* Nº 96, p. 655; ROXIN, C., "Der entschuldigende Notstand nach § 35 *StGB*". En: *JA* 1990, p. 98 ss.; SCHÜNEMANN, B., "Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Lichte des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars". En: *GA*, 1986, p. 300; STRENG, F., "Schuld, Vergeltung, Generalprävention". En: *ZStW* Nº 92, p. 655.

(2) ERB, V., "§ 16 Irrtum über Tatumstände". En: *Münchener Kommentar zum StGB*, Nm. 11; PERRON, W., "Kommentar zum § 34 StGB". En: SCHÖNKE, Adolf / SCHRÖDER, Horst, *Strafgesetzbuch*, § 34, Nm. 1.

(3) Ídem.

coactivo[4] y estado de necesidad putativo[5]. En el caso de los tres primeros, la diferenciación radica en la distinta fuente del peligro *y en el ámbito donde recae la acción salvadora*; en el cuarto, la distinción está vinculada a la naturaleza real del peligro y a la representación de dicho peligro por el sujeto que realiza la acción salvadora (vid. *infra* VI). En el estado de necesidad justificante agresivo, el peligro emana de la naturaleza o del comportamiento humano que no es imputable ni objetiva ni subjetivamente a una persona[6] y la acción de rescate recae en la esfera de un tercero que no ha creado el peligro[7]. El estado de necesidad justificante defensivo tiene lugar, cuando la fuente de peligro es una conducta humana que solo cumple los presupuestos de la imputación objetiva[8] y la conducta superadora del peligro se dirige contra quien crea la situación de necesidad[9]. Por su parte, el estado de necesidad justificante coactivo se presenta –excepcional y subsidiariamente– cuando la situación de peligro es imputable objetiva y subjetivamente a un tercero[10], siempre que no se configure la legítima defensa[11]. Por último, el estado de necesidad justificante putativo se configura, cuando el titular de la conducta necesaria se representa falsamente la existencia del peligro.

6 Dicho de otra manera, las situaciones de competencia preferente y de no competencia por el peligro amenazante dan lugar a los estados de necesidad defensivo[12] y agresivo[13], respectivamente; mientras que las situaciones de competencia plena dan lugar a la legítima defensa[14] y al estado de necesidad coactivo. En los siguientes ítems de esta sección solo se explican los pormenores de las tres primeras clases de estado de necesidad justificante; mientras que la problemática del estado de necesidad justificante putativo –por razones metodológicas que están vinculadas con la punibilidad de dicho instituto– se dilucidará en el penúltimo punto de este trabajo (*infra* VI).

(4) Al respecto, véase, Erb, V., "§ 16 Irrtum über Tatumstände". *Op. Cit.*, Nm. 144 ss.
(5) Sobre dicha problemática cfr. *infra*, ítem VI.
(6) Jakobs, G., *Derecho penal. Parte general*. § 13, Nm. 14; Roxin, C., *Derecho penal. Parte general*, § 16, Nm. 62.
(7) Erb, V., "§ 16 Irrtum über Tatumstände". *Op. Cit.*, Nm. 11; Perron, W., "Kommentar zum § 34 StGB". *Op. Cit.*, § 34, Nm. 1.
(8) Roxin, C., *Derecho penal. Parte general. Op. cit.*, § 16, Nm. 62.
(9) Erb, V., "§ 16 Irrtum über Tatumstände". *Op. Cit.*, Nm. 11; Perron, W., "Kommentar zum § 34 StGB". *Op. Cit.*, § 34, Nm. 1.
(10) *Vide*, entre otros, Baldó Lavilla, F., *Estado de necesidad y legítima defensa*, p. 136.
(11) Jescheck, H. / Weigend, T., *Tratado de Derecho penal. Parte general*, § 32/II.2., p. 367 ss.
(12) Baldó Lavilla, F., *Estado de necesidad y legítima defensa. Op. Cit.*, p. 134; Jakobs, G., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, § 13, Nm. 47.
(13) Baldó Lavilla, F., *Estado de necesidad y legítima defensa. Op. Cit.*, p. 134.
(14) Ibídem, p. 75.

1. Estado de necesidad agresivo

Como ya se dijo *supra* (III), el estado de necesidad agresivo se configura cuando la falta de competencia jurídico-penal por el peligro que da lugar al estado de necesidad agresivo se debe a que la fuente de peligro no es objetivamente imputable a una esfera de organización, ni al que recurre al estado de necesidad, ni al que sufre los efectos del estado de necesidad. Ello se presenta, bien cuando el peligro es ocasionado por fuerza física irresistible (temblor, huayco, estados de inconsciencia, etc.), bien cuando el peligro es expresión de una organización objetiva que se enmarca dentro del riesgo permitido. En tal contexto, todos los ciudadanos están obligados a asumir los riesgos que no son imputables a terceros o que provienen de la naturaleza. 7

¿Dónde se fundamenta entonces la validez del estado de necesidad agresivo? Desde mi perspectiva, la vigencia de dicho instituto radica en los deberes de solidaridad intersubjetiva que ostenta toda persona por el simple hecho de vivir en sociedad[15]. En virtud de dicho deber, el ordenamiento jurídico autoriza a quien se encuentra en peligro a afectar esferas de organización ajenas para superar su situación de necesidad. No obstante, tal facultad del sujeto amenazado por el peligro solo es posible cuando *ex ante* es previsible que las consecuencias que se derivarían de asumir el peligro son cualitativamente más graves que los riesgos que provocará con su intromisión en las esferas de libertad ajenas[16]. Como contrapartida, en virtud del mismo deber de solidaridad, el ordenamiento jurídico obliga a los demás ciudadanos a tolerar la acción de salvaguarda. En estas consideraciones radica el porqué las situaciones de necesidad que están vinculadas a la naturaleza o a un comportamiento humano que *no cumple con los requisitos de imputación objetiva* se rigen por las reglas del estado de necesidad agresivo. 8

2. Estado de necesidad defensivo

La competencia preferente por el peligro que fundamenta la vigencia de un estado de necesidad defensivo tiene lugar cuando la organización defectuosa solo posee relevancia jurídico-penal a nivel objetivo, pero carece de relevancia subjetiva por la falta de dolo[17]. Sin embargo, pese a que no existe una 9

(15) Ibídem, p. 96 ss.; Jakobs, G., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, § 11, Nm. 3; Wessels, J., *Derecho penal. Parte general*, p. 93.

(16) Mir Puig, S. *Derecho penal. Parte general*, § 17, Nm. 67, p. 463.

(17) Aquí, la irrelevancia a nivel subjetivo es entendida solo como conducta no configuradora de una agresión dolosa que fundamenta la legítima defensa. Por lo demás, las creaciones de peligro imprudentes sí tienen relevancia jurídico-penal, pero únicamente a nivel del estado necesidad defensivo.

actuación dolosa –como en el peligro que fundamenta la legítima defensa– por parte del sujeto que crea el peligro, este es el único responsable de las consecuencias que acarrea dicho riesgo[18]. Ello es una consecuencia del principio de responsabilidad por el propio injusto penal, según el cual ninguna persona tiene el deber de tolerar o asumir los costos de los riesgos prohibidos que pertenecen a otros ámbitos de organización. Por lo tanto, tal organización defectuosa imprudente, si bien no fundamenta una legítima defensa por falta de agresión, sí fundamenta el ejercicio de un estado de necesidad defensivo, que impone al titular de la organización objetivamente defectuosa (persona poseedora de la competencia preferente) no solo el deber de eliminar el peligro[19], sino de tolerar las consecuencias que provienen de la acción de salvaguarda realizada por el sujeto que obra en estado de necesidad defensivo[20]. Más aún, el portador de la competencia preferente por la fuente de peligro que da origen al estado de necesidad defensivo no está facultado por el ordenamiento jurídico para ejercer legítima defensa ni estado de necesidad justificante[21].

10 Por consiguiente, todos los casos en que el peligro es reconducible *objetivamente* a la organización defectuosa imprudente de una persona, las circunstancias situacionales de necesidad se regulan por las reglas del estado de necesidad defensivo.

3. Estado de necesidad coactivo

11 Especialmente problemática es la determinación (delimitación) del estado de necesidad justificante coactivo frente a la legítima defensa; es decir ¿cuándo el sujeto que evade la situación de peligro mediante un comportamiento típico actúa en legítima defensa? y ¿cuándo actúa en virtud de un estado de necesidad coactivo? A mi juicio, se está ante el ejercicio de una legítima defensa si la acción típica de salvaguarda se realiza en contra del sujeto competente por el peligro, mientras que se está ante un estado de necesidad justificante coactivo si la acción de salvaguarda se lleva a cabo en contra de un tercero

(18) Según Jakobs, ello obedece a que quien se comporta culpablemente sobre un curso causal debe soportar los costes de su eliminación hasta donde acarrea su ámbito de organización, cfr. Jakobs, G., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, § 11, Nm. 3ª.

(19) Ibídem, § 13, Nm. 47, p. 521.

(20) Esta es una exigencia del principio de autorresponsabilidad según el cual toda persona que se organiza libremente es responsable de las consecuencias que emanan de dicha organización. En tal sentido, quien se organiza de manera defectuosa (crea un peligro para un tercero) de forma no permitida asume los costos de la acción de salvaguarda ejercida por el sujeto puesto en peligro.

(21) Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, § 17, Nm. 76 ss.

que no posee competencia alguna del peligro amenazante[22]. Ello significa que el sujeto amenazado por la agresión ilegítima está autorizado por el ordenamiento jurídico para deshacerse del peligro recurriendo a cualquiera de las dos instituciones referidas.

No obstante, si bien el ordenamiento jurídico (Art. 20, inc. 4 CP) permite superar la situación dolosa de peligro mediante el menoscabo de ámbitos de organización de terceros, el estado de necesidad coactivo tiene lugar solo cuando el sujeto que se encuentra en situación de peligro no tiene la posibilidad de ejercer legítima defensa o estado de necesidad defensivo frente a su agresor[23]. Como ya se dijo, la razón de ello estriba en que el agresor tiene la competencia plena de la creación del peligro doloso no permitido, de modo que es él, en principio, quien está llamado a asumir los costos de su organización defectuosa. Los terceros no competentes del peligro solo asumen los costos de la acción típica de salvaguarda de manera subsidiaria. 12

Por lo demás, las situaciones de *riesgo que, objetiva y subjetivamente, son imputables a una persona* se rigen, en forma general, por las reglas de la legítima defensa y, solo excepcionalmente, por las reglas del estado de necesidad coactivo[24]. 13

IV. Estructura del estado de necesidad justificante

Elementos estructurales del estado de necesidad justificante son la situación de peligro o situación de necesidad (*Notstandslage*)[25] y la necesidad de actuación (*Notstandshandlung*)[26]. 14

(22) Jakobs, G., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, § 13, Nm. 15.

(23) Como ya se apuntó *supra*, sobre esta cuestión Jakobs sostiene que "(...) la posibilidad del instrumento (sujeto coactado) de liberarse del autor mediato amparado en la legítima defensa o –en el autor mediato que no obra culpablemente–, mediante el estado de necesidad defensivo excluye la justificación de solucionar el conflicto mediante la intervención en los bienes de terceros no partícipes, porque entonces existe otra posibilidad de evitación distinta". Cfr. Jakobs, G., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, § 13, Nm. 14.

(24) Según Jakobs, en las situaciones de coacción también rige el principio de subsidiariedad: el sujeto coaccionado solo recurrirá al ejercicio del estado de necesidad coactivo cuando no le es posible deshacerse del peligro mediante el ejercicio de la legítima defensa o del estado de necesidad defensivo. *Vide* Jakobs, G., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, § 13, Nm. 14.

(25) Erb, V., "§ 16 Irrtum über Tatumstände". *Op. Cit.*, Nm. 53 ss; Perron, W., "Kommentar zum § 34 StGB". *Op. Cit.*, § 34, Nm. 8.

(26) Erb, V., "§ 16 Irrtum über Tatumstände". *Op. Cit.*, Nm. 86 ss.

1. Situación de necesidad (*Notstandslage*)

15 El primer elemento del estado de necesidad justificante es la existencia de una situación de peligro, la cual debe ser actual y real.

1.1. Actualidad del peligro

16 Según la doctrina mayoritaria[27] –seguida por el artículo 20, inciso 4 CP– la situación de peligro debe ser actual. Por peligro actual se entiende un estado especial, en el cual, *ex ante*[28], debido a las circunstancias reales que rodean el desarrollo de los acontecimientos, existe la probabilidad o inminencia que se produzca un resultado dañino[29]. En esas circunstancias, coincido con la doctrina mayoritaria que la entidad del peligro de la situación debe determinarse conforme al criterio del experto competente para la situación de conflicto en el caso concreto[30]. Por ejemplo, para los peligros de fuego, el bombero profesional; para las enfermedades, el médico; etc.

17 De lo expuesto se infiere que solo constituirán peligros fundantes del estado de necesidad justificante aquellos riesgos que, conforme a valoraciones normativas *ex ante*, se presentan como reales, es decir, los peligros que reúnen una cualidad mínima de amenaza lesiva en forma no permitida[31]. Bajo el mismo baremo, no constituirán riesgos fundantes de un estado de necesidad los *peligros inidóneos,* los *peligros aparentes, los peligros que se encuentran dentro del riesgo permitido*, etc. Sin embargo, todas estas situaciones pueden dar lugar a un estado de necesidad putativo[32].

(27) Así, Cuello Contreras, J., *Derecho penal español. Parte general.* § X/181, p. 863; Erb, V., "§ 16 Irrtum über Tatumstände". *Op. Cit.*, Nm. 53, 78 ss.; Jakobs, G., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.,* § 13, Nm. 12; Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.,* § 17, Nm. 34 ss.; Perron, W., "Kommentar zum § 34 StGB". *Op. Cit.*, § 34, Nm. 8, 17; Roxin, C., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.,* § 16, Nm. 12; Wessels, J. *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.,* p. 89.

(28) Baldó Lavilla, F., *Estado de necesidad y legítima defensa. Op. Cit.,* p. 12; Perron, W., "Kommentar zum § 34 StGB". *Op. Cit.*, § 34, Nm. 13; Roxin, C., *AT* I, § 16, Nm 15.

(29) Así, Baldó Lavilla, F., *Estado de necesidad y legítima defensa. Op. Cit.,* p. 123; Jakobs, G., *Derecho penal. Parte general*, § 13, Nm. 13; Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general*, § 17, Nm. 34 ss.

(30) Cuello Contreras, J., *Derecho penal español. Parte general*, § X/186, p. 864; Jakobs, G., *Derecho penal. Parte general*, § 13, Nm. 13; Roxin, C., *Derecho penal. Parte general*, § 16, Nm. 62.

(31) Jakobs, G., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.,* § 13, Nm. 12.

(32) Sobre esta cuestión, en la dogmática alemana *vide* Jakobs, G., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.,* mm; Roxin, C., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.,* p. 500 ss. En la doctrina española véase Baldó Lavilla, F., *Estado de necesidad y legítima defensa. Op. Cit.,* p. 129; Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.,* § 17, Nm. 91. Por su parte, en la literatura nacional, cfr. Villavicencio Terreros, F., *Derecho penal. Parte general*, § 79, Nm. 1250.

La exclusión de los *peligros inidóneos* como presupuesto del estado de necesidad justificante se debe a su arbitrariedad, pues, mas allá de la inexistencia del peligro, en muchas ocasiones, la actuación bajo peligro aparente esconde comportamientos *dolosos* que no poseen un mínimo de juridicidad. En este tipo de situaciones, la actuación del sujeto necesitado es típica y antijurídica, porque sabe de la inexistencia del peligro y, sin embargo, aprovecha la aparente situación riesgosa para organizarse en contra del derecho. Este es el supuesto en que una persona, sabiendo que no será agredida, se apodera de un automóvil ajeno y huye del lugar porque observa que unos jugadores de *béisbol*, con sus bates en las manos, se acercan a él. Cosa distinta es aquel supuesto en que la amenaza no ostenta una gran probabilidad (pero sí posibilidad) de lesionar el bien jurídico. A mi juicio, tal entidad de peligro sí posee una entidad lesiva normativa mínima que se requiere para la fundamentación del estado de necesidad[33]. Por ejemplo, la detención de un ciudadano practicada por un particular para evitar un daño mayor, aunque objetivamente no concurran elementos reales[34]. 18

De forma similar, la descalificación del *peligro aparente* como elemento configurador del estado de necesidad justificante se debe a que esta clase de peligro no existe más que en la imaginación del sujeto y, como tal, no puede ser valorado para fundamentar la exclusión de responsabilidad penal de quienes, bajo su amparo, menoscaban esferas de libertad ajenas[35]. Ello se encuentra recogido en el artículo 20, inciso 4 CP, conforme al cual lo que justifica la actuación típica del necesitado no es el peligro imaginario que este se representa, sino el peligro real, el peligro racional u objetivo. Junto a ello, el principio de autorresponsabilidad exige que la asunción de los costos que emanan de una representación incorrecta del peligro competen a quien incurrió en dicho error, más no a un tercero[36] que nada ha tenido que ver con la falsa representación del sujeto necesitado. De esta manera, quien realiza una conducta típica guiado por una representación errónea de la existencia de un peligro –inexistente desde una perspectiva objetiva *ex ante*– no es justificado por el estado de necesidad (Art. 20, inc. 4), sino, en algunas ocasiones (cuando el error es vencible), solo por las eximentes incompletas (Art. 21 CP). 19

(33) Jakobs, G., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 500. "No es necesaria una probabilidad preponderante (o alta) de desenlace fatal, sino, más bien, hay que tener en cuenta, al ponderar los riesgos, en su caso, un grado pequeño de peligro".

(34) Baldó Lavilla, F., *Estado de necesidad y legítima defensa. Op. Cit.*, p. 129.

(35) Ibídem, p. 125.

(36) Sobre esta cuestión, Baldó Lavilla sostiene que el Derecho penal no puede imponer deber de tolerancia alguno a terceros, sino al propio sujeto que incurrió en el error, Cfr. Ibídem, pp. 127-128.

20 En torno a la exclusión del *peligro permitido* como forma de situación de peligro que da lugar al estado de necesidad justificante vienen en consideración dos precisiones. En primer lugar, a diferencia de las dos situaciones de peligro anteriores, aquí sí existe un peligro real e inminente, sin embargo, tal riesgo está permitido por el ordenamiento jurídico(37). Ello se debe a que dicho peligro no es una consecuencia de la organización defectuosa, sino de la propia comunicación intersubjetiva adecuada a derecho(38) propia de una sociedad compleja. En segundo lugar, dar cabida a una causa de justificación (v. gr., estado de necesidad o legítima defensa) ante la presencia de peligros permitidos sería un contrasentido del propio ordenamiento jurídico (penal), ya que este no lograría su cometido de crear (garantizar) la libertad ni conservar la paz social, sino, *más* bien, nos conduciría al *bellum omnium contra omnes*(39). Por tal razón, el riesgo que emana del correcto ejercicio de la libertad de organización no constituye una fuente fundamentadora del estado de necesidad para quien se siente afectado por tal riesgo.

2. Conducta necesaria salvadora (*Notstandshandlung*)

21 El segundo elemento configurador del estado de necesidad justificante que consagra el artículo 20, inciso 4 del Código Penal es la necesidad de llevar a cabo una conducta lesiva para salvar el bien jurídico o interés ajeno que se encuentra en peligro. Tal elemento está regulado bajo la locución "(...) ante un peligro actual e insuperable de otro modo (...)". Ello significa que quien realiza la conducta salvadora no cuenta con otros medios menos lesivos para deshacerse del peligro(40). Ese es el parecer de la doctrina y jurisprudencia dominantes en Alemania, según las cuales únicamente cuando el peligro no puede ser evitable de otro modo la conducta de salvaguarda que afecta esferas de libertad ajenas es necesaria y justificada. Tal exigencia rige para las cuatro clases de estado de necesidad, a saber, para el estado de necesidad agresivo, para el

(37) Al respecto, Frisch, W., *Comportamiento típico e imputación del resultado*, § IV/2, p. 316. Este autor señala que no se prohíbe este tipo de conductas porque: "(...) se trata de un círculo de conductas que por su referencia de sentido no presentan carácter delictivo, sino que se manifiestan objetivamente en el desarrollo legítimo de la libertad (...)". Véase también, Blanco Cordero, I., *Límites a la participación delictiva*, p. 151 ss.; Cancio Meliá, M., *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, p. 102; Feijóo Sánchez, J., *Imputación objetiva en Derecho penal*, p. 198 ss.; Feijóo Sánchez, J., *Resultado lesivo e imprudencia*, p. 267 ss., Martínez Escamilla, M., *La imputación objetiva del resultado*, p. 41.

(38) De manera similar, Baldó Lavilla, F., *Estado de necesidad y legítima defensa. Op. Cit.*, p. 130.

(39) Así, Feijóo Sánchez, J., *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995*, p. 40.

(40) Bustos Ramírez, J., *Obras completas*. Tomo I, p. 913.

estado de necesidad defensivo, para el estado de necesidad coactivo y para el estado de necesidad putativo.

La institución que subyace a esta exigencia es la denominada subsidiariedad. Conforme a esta categoría, ante la amenaza inminente de un peligro, el sujeto que realiza la acción de salvaguarda debe tener en cuenta las diversas alternativas de salvación –por ejemplo, penales y extrapenales–, y de ellas, realizar la conducta que representa una menor lesividad para la persona afectada[41]. Subsidiariedad, porque la conducta típica de una persona llevada a cabo para alejar un peligro real e inminente que amenaza a sus propios bienes jurídicos o de terceros debe constituir el último (o único) recurso que tenga tal capacidad[42]. Con ello, todas las demás conductas típicas que se despliegan para conjurar el peligro amenazante son *arbitrarias, innecesarias e injustificadas.* 22

Las reglas que rigen la subsidiariedad de las conductas más lesivas respecto de las menos lesivas no siempre son las mismas en los tres tipos de estado de necesidad justificante. Por tales consideraciones, a continuación, primero me referiré a las reglas de subsidiariedad del estado de necesidad agresivo; luego analizaré las reglas de subsidiariedad del estado de necesidad defensivo; y, por último, me ocuparé de las reglas de subsidiariedad del estado de necesidad coactivo. 23

2.1. Reglas que rigen la conducta necesaria en el estado de necesidad agresivo

En el estado de necesidad agresivo rigen básicamente tres reglas. Estas son: 24

Primera regla: Cuando existen múltiples alternativas de salvación –penales y extrapenales– con iguales posibilidades de salvación es exigible la opción extrapenal, ya que esta opción, desde un punto vista objetivo *ex ante*, constituye el medio menos lesivo para el bien afectado[43]. Esta exigencia se debe a que, en las sociedades democráticas, los comportamientos con significado penal son más intolerables que las conductas de naturaleza extrapenal. En este contexto, el sujeto amenazado por el peligro está obligado a realizar los siguientes comportamientos extrapenales: 1) Superar el peligro sin poner en riesgo bienes propios o de terceros[44]; piénsese, por ejemplo, en el supuesto en que el esposo de una mujer 25

(41) Así, Cobo del Rosal, M. / Vives Antón, T., *Derecho penal. Parte general*, p. 520.
(42) Ídem.
(43) Baldó Lavilla, F., *Estado de necesidad y legítima defensa. Op. Cit.*, p. 151.
(44) Theodor Lenckner citado por Baldó Lavilla, F., *Estado de necesidad y legítima defensa. Op. Cit.*, p. 151.

embarazada traslada a esta a la clínica para que sea atendida por riesgo de aborto. Si el esposo no tiene automóvil, pero le es posible realizar el traslado utilizando el servicio de taxi solo este medio será necesario, ya que si utiliza el auto de un tercero sin el consentimiento de su titular dicha conducta típica no se encontrará amparada por el estado de necesidad justificante[45], debido a la existencia de otras vías para eludir el peligro. En el mismo sentido, en la literatura alemana[46], se sostiene que no quedará justificada la interrupción del embarazo para eliminar el peligro de suicidio de una mujer embarazada, cuando el peligro se puede eliminar mediante asistencia psicológica. 2) Conjurar el mal amenazante a través de la solicitud de auxilio a las autoridades competentes[47]. Aquí se ubica el supuesto en que un felino ha escapado de un zoológico y se encuentra en las inmediaciones de una residencia. En la situación descrita, quien se encuentra amenazado por dicha situación, antes de decidir matar al felino para superar el peligro, tendrá que solicitar la intervención de la policía o de los bomberos para que capturen al animal. Si la persona interesada mata al felino sin comunicar al cuerpo de bomberos o a la policía, su conducta no constituirá una causa de justificación en la modalidad de estado de necesidad justificante en virtud de que el peligro era superable mediante la aplicación de otros medios.

26 *Segunda regla: Cuando las múltiples alternativas de salvación existentes solo son de naturaleza jurídico-penal y todas ellas tienen igual eficacia, pero distinto grado de lesividad, es exigible la conducta jurídico-penal menos lesiva.* Este es el parecer unánime de la doctrina, para quien el sujeto amenazado por el peligro que solo dispone de alternativas con relevancia penal tiene la obligación de recurrir a la opción penal que concita una menor lesividad para el interés afectado[48]. En consecuencia, si únicamente la conducta jurídico-penal menos lesiva tiene la consideración de necesaria, solo esta es justificada por el estado de necesidad justificante. Tal exigencia es independiente de si los medios idóneos disponibles afectan a la esfera de un mismo sujeto o si cada uno de dichos medios afectan a diversas esferas de distintos sujetos. Esta situación se presentaría cuando un médico, fuera de su horario de trabajo y en estado de ebriedad, acude al hospital a visitar a su amigo; en tales circunstancias, y en ausencia de *médicos disponibles, se presenta la emergencia de* realizar una intervención quirúrgica a un paciente. Aquí, el médico tiene dos alternativas jurídico-penales de salvación:

(45) De modo similar, JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, § 13, Nm. 18.
(46) Ídem.
(47) Ídem.
(48) BALDÓ LAVILLA, F., *Estado de necesidad y legítima defensa. Op. Cit.*, p. 152.

a) conducir en estado de ebriedad la ambulancia que se encuentra disponible para trasladar al paciente a otro hospital y b) coaccionar al conductor de un taxi para que traslade al mencionado paciente. Conforme a lo expuesto, solo la primera alternativa de salvación realizada por el *médico cumplirá con las reglas de subsidiariedad, ya que la conducción en estado de ebriedad es menos lesiva que la segunda* alternativa de salvación. No obstante, cabe precisar que lo referido solo tiene lugar cuando el estado de ebriedad y, por tanto, la conducción en dicho estado, sean constitutivos de un peligro abstracto.

27 *Tercera regla: Cuando las alternativas de salvación jurídico-penal tienen similar grado de eficacia y similares grados de lesividad, la conducta necesaria se rige por los siguientes criterios de subsidiariedad*: 1°) el sujeto amenazado deberá optar por el medio menos lesivo cuando las diversas alternativas jurídico-penales poseen semejantes posibilidades de salvación; 2°) de igual forma que en el primer caso, la persona en peligro deberá decidirse por la opción menos lesiva si la alternativa que presenta mayores posibilidades de salvación es, a su vez, la menos riesgosa para el interés afectado con la acción de salvaguarda; 3°) el sujeto podrá recurrir a cualquier acción de salvaguarda cuando todas las alternativas jurídico-penales de salvación existentes son igualmente idóneas para la salvación e igualmente lesivas; así, por ejemplo, cuando en el supuesto de que la persona salvadora tenga disponibles varios vehículos para llevar al enfermo. 4°) el sujeto amenazado por el mal podrá utilizar el medio más lesivo para el bien afectado si, desde la óptica del interés salvaguardado, dicho medio es el que presenta mayores posibilidades de salvación. Respecto de este último criterio, cabe precisar que el sujeto está facultado para utilizar el medio más lesivo, siempre que ello represente dos cosas: por un lado, que inequívocamente signifique un aumento relevante de las posibilidades de salvación del interés amenazado y, por otro lado, que el interés lesionado por la acción de salvaguarda –sobre esta cuestión regresaremos más adelante(49)– sea de menor valor que el interés salvado. Análogas reglas rigen para las situaciones del estado de necesidad defensivo, siempre que todos los medios alternativos con posibilidades de salvaguarda acarreen riesgos frente al sujeto preferentemente competente por la fuente de peligro amenazante.

(49) *Infra* epígrafe IV.1.

2.2. Reglas que rigen la conducta necesaria en el estado de necesidad defensivo

28 En el estado de necesidad defensivo, las reglas del estado de necesidad agresivo solo rigen en forma parcial. Ello se debe a que la acción de salvaguarda desplegada por quien se encuentra en la situación de peligro tiene lugar respecto de los intereses que afectan a la persona medianamente competente por la creación del peligro. Con ello, quien ejecuta la conducta salvadora también debe optar por la alternativa extrapenal en los supuestos que dispone de opciones penales y extrapenales con igual capacidad de eficacia (vid. primera regla del estado de necesidad agresivo). En el mismo sentido, si todas las alternativas de salvación existentes son de naturaleza jurídico-penal y todas ellas tienen igual eficacia, pero diferente grado de lesividad, el sujeto amenazado deberá recurrir a la conducta jurídico-penal que menor riesgo representa para los intereses de quien genera el peligro (segunda regla del estado de necesidad agresivo[50]). Finalmente, si todas las alternativas de salvación son de naturaleza jurídico-penal y todas poseen similar eficacia para conjurar el peligro –aunque en diferente grado– y similares niveles de lesividad, la acción de salvaguarda del sujeto amenazado también debe ser adoptada conforme a los criterios de subsidiariedad establecidos en la tercera regla del estado de necesidad agresivo.

29 La situación cambia cuando las posibles conductas salvadoras que resultan menos lesivas para los intereses del sujeto que crea el peligro, paralelamente afectan a terceros que no tienen competencia alguna sobre el peligro creado. En este tipo de situaciones, el sujeto que enfrenta el peligro ya no está obligado a utilizar los medios que son menos lesivos para los intereses de quien crea el riesgo, sino las alternativas que –a pesar de ser más lesivas para el sujeto creador del mal– no afectan –o afectan en lo *más* mínimo– las esferas de libertad de terceros no intervinientes en la creación del peligro. Esto tiene pleno sentido, pues exigir al sujeto amenazado una alternativa distinta –aquella que es menos lesiva para los intereses del afectado, pero, a su vez, lesiva de intereses de terceros que están desvinculados normativamente del peligro– implicaría que el ordenamiento jurídico impone a todos los ciudadanos deberes de solidaridad general intersubjetiva respecto de quien es competente por la creación del peligro. Consiguientemente, entre dos posibles acciones de salvaguarda, una en estado de necesidad agresivo y otra en estado de necesidad defensivo,

(50) También es partidario de que en estos supuestos se apliquen las reglas del estado de necesidad agresivo JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, § 13, Nm. 27 (pp. 510-511) y § 13, Nm 47 (p. 521).

tiene preferencia esta última, salvo que la conducta de salvaguarda defensiva sea desproporcionadamente más grave.

2.3. Reglas que rigen la conducta necesaria en el estado de necesidad coactivo

30 En el estado de necesidad coactivo, las reglas que rigen la conducta necesaria están vinculadas, tanto a las reglas que rigen la legítima defensa, como a las reglas que regulan las situaciones de estado de necesidad agresivo.

31 Conforme a las reglas de la legítima defensa, la conducta salvadora debe interponerse preferentemente ante el sujeto plenamente competente por la creación del peligro, porque en tales situaciones impone asumir los costos de tal peligro a aquel sujeto que ha generado el riesgo. A quienes son ajenos a la creación de la situación de necesidad, el ordenamiento jurídico solo les adscribe el deber de solidaridad intersubjetiva (soportar las acciones lesivas emprendidas por el amenazado), cuando no es posible dirigirse a quien ha creado el peligro. Dicho en otros términos, el sistema jurídico no exige la solidaridad de terceros (principio de solidaridad general intersubjetiva) cuando existen medios idóneos que permiten superar la situación de necesidad menoscabando los intereses del sujeto competente por la creación de peligro (principio de responsabilidad por el propio hecho). En ese sentido, JAKOBS[51] sostiene que quien sufre una mordedura de perro, para curarse la herida, ha de dirigirse ante todo al propietario del perro; solo cuando este no tiene nada con qué vendarla puede intervenir en la farmacia más cercana.

32 Por su parte, en virtud de las reglas que rigen el estado de necesidad agresivo el sujeto amenazado por el peligro del sujeto coaccionante está facultado para ejercitar una acción de salvaguarda (estado de necesidad agresivo) en perjuicio de intereses que pertenecen a personas ajenas a la creación del riesgo. Queda claro, que ello es posible solo cuando, pese a la existencia de un sujeto plenamente competente por el peligro amenazante, el ejercicio de la legítima defensa es inviable, o supone una relevante aminoración de las posibilidades de salvación. Solo si se cumple con dicha exigencia, el sujeto que lesiona intereses de quienes no tienen competencia por la creación de peligro obra en estado de necesidad justificante coactivo y, por lo tanto, se encuentra excluido de responsabilidad penal. Ese sería el caso, en que una persona que está por ser violada sexualmente (y que no le es posible ejercer legítima

(51) JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, § 13, Nm. 46.

defensa frente a su agresor) supera la situación de peligro mediante el ingreso en una vivienda ajena sin el consentimiento de su titular, es decir, realizando el tipo de violación de domicilio.

V. Requisitos del estado de necesidad justificante

33 Los requisitos del estado de necesidad justificante se encuentran contemplados en los apartados "a" y "b" del inciso 4 del artículo 20 del CP. Conforme a tales apartados, son tres los requisitos de la institución objeto de comentario: a) predominancia del bien jurídico salvaguardado sobre el interés lesionado, b) empleo de un medio idóneo para conjurar el peligro; y c) creación de la situación de necesidad por un sujeto distinto a quien realiza la acción típica de salvaguarda.

1. Primer requisito: predominancia del bien jurídico salvaguardado sobre el interés lesionado

34 El primer requisito del estado de necesidad (Art. 20 inc. 4, lit. "a") establece que el estado de necesidad justificante exime de responsabilidad penal cuando:

35 "... de la ponderación de los bienes jurídicos en conflicto afectados y de la intensidad del peligro que amenaza, el bien jurídico protegido resulta predominante sobre el interés dañado ...".

36 De lo estipulado por el presente texto legal, la predominancia del bien jurídico salvaguardado se determina en función de dos elementos: de un lado, *los bienes jurídicos en conflicto* y, de otro, *la intensidad del peligro amenazante.*

37 Sobre la intensidad del peligro amenazante cabe indicar que esta deviene en innecesaria, toda vez que tal categoría forma parte de la situación de necesidad, mas no de sus requisitos. En efecto, la naturaleza o intensidad del peligro no constituye una condición de cuándo un sujeto que realiza un tipo penal queda eximido de responsabilidad penal, sino de si el peligro existente posee un mínimo de intensidad que pueda calificarse como amenaza para los bienes jurídico-penales contemplados en el inciso 4 del artículo 20 CP. A partir de aquí, el peligro y su intensidad no pueden constituir, al mismo tiempo, elementos constitutivos de la situación de necesidad y requisitos de su justificación. Solo puede constituir una de las categorías en cuestión. Como ya apunté, el peligro y su naturaleza forman parte del presupuesto material del estado de necesidad. En consecuencia, a mi juicio, la ubicación de la intensidad

del peligro en la determinación de la predominancia del bien jurídico salvaguardado es producto de una deficiente técnica legislativa que ha utilizado el legislador peruano.

Junto a lo referido, no puedo dejar de mencionar que la naturaleza o intensidad del peligro amenazante ya fue expuesto (*supra* § IV.1), lo cual me exime de la exigencia de referirme nuevamente a ello. Por tales consideraciones, el requisito referido a la predominancia del bien jurídico salvaguardado solo será analizado en función de los elementos que atañen a la ponderación de los bienes jurídicos en conflicto. Estos elementos son: 1) *La importancia de los bienes jurídicos en conflicto* y 2) *Los deberes especiales de soportar el peligro que atañen al sujeto necesitado.* 38

1.1. Predominancia del bien jurídico salvaguardado en virtud de la ponderación de la importancia de los bienes jurídicos en conflicto

Conforme a este elemento, de los bienes jurídicos que entran en conflicto por la situación de peligro, el bien jurídico preponderante es aquel que tiene mayor importancia; de modo que el bien jurídico más importante será el que resulte salvaguardado, mientras que el menos importante será el menoscabado. Pero ¿cómo determinar cuál bien jurídico es el *más* importante? A mi juicio, la dilucidación de dicha problemática está relacionada con el marco penal previsto por los tipos penales que protegen los bienes jurídicos en conflicto[52] y con las valoraciones axiológicas que atañen a la propia naturaleza de los bienes en conflicto. 39

Conforme al primer criterio, por lo general, el marco penal más grave constituye una directriz acerca de que el bien jurídico tutelado en dicho tipo penal es más importante que el bien jurídico protegido en el tipo penal cuyo marco penal es *más* benigno[53]. Así, por ejemplo, la comparación de los marcos penales de los artículos 106 y 114 permite comprender que para el legislador la vida humana independiente es más importante que la vida humana dependiente[54]. En la misma línea, la comparación de los marcos penales de los artículos 170 y 159 permite concluir que el bien jurídico libertad sexual es más importante que el bien jurídico intimidad domiciliaria[55]. En este 40

(52) Jakobs, G., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, § 13, Nm. 20.
(53) Cobo del Rosal, M. / Vives Antón, T., *Derecho penal. Parte general*, p. 525.
(54) De modo similar, Roxin, C., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, § 16, Nm. 23.
(55) Ídem.

contexto, siguiendo este criterio de ponderación, sí cumplen con las exigencias del primer requisito del estado de necesidad justificante los menoscabos de la vida humana dependiente e intimidad domiciliaria que están orientados a salvaguardar la vida humana independiente y libertad sexual, respectivamente. No obstante, este criterio no debe llevarse al extremo, ya que la mayor gravedad de los marcos penales abstractos contenidos en los tipos penales no siempre obedece a la mayor importancia del bien jurídico que se tutela, sino al mayor desvalor jurídico-penal que representa la modalidad del comportamiento delictivo o las necesidades político-criminales de prevención[56]. A partir de aquí, el criterio de la mayor penalidad si bien es importante, no es un elemento absoluto[57].

41 Por eso, la comparación de los marcos penales como elemento de ponderación de los bienes jurídicos en conflicto debe complementarse con los criterios axiológicos que concitan los bienes jurídicos en sí mismos. Con ello, la predominancia de los bienes jurídicos salvaguardados respecto de los bienes jurídicos lesionados también debe tomar en cuenta la propia naturaleza de los bienes jurídicos y los propios fundamentos del Estado Constitucional de índole democrática. En ese contexto, tenemos cuatro escenarios de ponderación de intereses que están relacionados con la naturaleza de los bienes jurídicos en conflicto: a) cuando el bien jurídico que se quiere proteger es individual y el bien jurídico menoscabado con la conducta salvadora también es individual; b) cuando el bien jurídico que se busca salvar es individual y el bien jurídico lesionado con la conducta necesaria es supraindividual; c) cuando el bien jurídico que se busca salvaguardar es supraindividual y el bien jurídico menoscabado también es supraindividual; d) cuando el bien jurídico que se busca proteger es supraindividual y el bien jurídico lesionado o puesto en peligro con la acción salvadora es individual.

a) Primera situación de ponderación de intereses

42 Conforme a una valoración axiológica, la preponderancia de un bien jurídico o interés individual sobre otro que tiene la misma naturaleza no posee reglas absolutas, por el contrario, la preponderancia de uno sobre otro se encuentra vinculada a diversos criterios valorativos. En este contexto, queda descalificado

(56) A decir de JAKOBS, los marcos penales solo proporcionan un punto de apoyo necesitado de retoques, ya que se rigen no solo por la importancia de los bienes, sino también por su necesidad de protección y por otros aspectos político-criminales, *vide* JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, § 13, Nm. 20.

(57) JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, § 13, Nm. 20.

el criterio de que la vida es siempre un valor supremo[58], es decir, que la vida se superpone sobre los otros bienes jurídicos. A partir de ello, sostengo que cuando colisionan bienes jurídicos individuales no siempre va a tener lugar la preponderancia de la vida sobre los demás bienes. *A contrario sensu*, me inclino por considerar que unas veces prima la vida en desmedro de la libertad, la salud, el patrimonio, etc.; otras veces, son los bienes jurídicos libertad o patrimonio los que se superponen sobre la salud e incluso por encima de la vida misma.

Así, por ejemplo, si unos terroristas secuestran a unos ciudadanos y ame- 43
nazan a las autoridades con matarlos para, de ese modo, forzar la liberación de sus camaradas que se encuentran en la cárcel. En este supuesto, no está justificada la tortura de los terroristas presos con la finalidad de averiguar el lugar dónde se encuentran los rehenes y poder salvarles la vida[59]. En ese sentido, ROXIN y JAKOBS sostienen que está excluida la justificación de la tortura en tanto la dignidad humana no se puede incluir en la ponderación, ya que esta debe ser respetada como garantía fundamental inviolable del ordenamiento jurídico[60]. Lo mismo ocurre en el supuesto de que, en una situación de peligro concreto, un ciudadano se niega a donar su sangre con la que se salvaría la vida de otro, a pesar de ser la única persona con el grupo sanguíneo requerido[61]. Este supuesto tampoco constituye un estado de necesidad justificante, porque, a mi juicio, el ordenamiento jurídico no tolera que el médico practique una extracción de sangre forzosa, pese a que tal intervención no es peligrosa ni especialmente gravosa[62]. Bajo el mismo tenor, tampoco constituye estado de necesidad justificante la extracción no consentida de un riñón para efectuar un trasplante que salvaría la vida de un paciente, pues, por mucho que la vida, en sí misma, aparezca como superior a la integridad corporal, la mutilación sin consentimiento vulnera la dignidad humana[63]. En definitiva, es evidente que en los ejemplos citados, la exclusión de la eximente del estado de necesidad justificante se debe a que las valoraciones axiológicas del juicio de ponderación informan que, en el caso concreto, los bienes jurídicos lesionados eran los preponderantes por encima de la vida.

(58) Ibídem, § 13, Nm. 21.
(59) ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, § 16, Nm. 84.
(60) Ídem.
(61) CUELLO CONTRERAS, J., *Derecho penal español. Parte general*, § X/192, p. 866.
(62) En la opinión de ROXIN: "(...) será preciso dejar morir al paciente si no se encuentra a ningún donante voluntario", cfr. ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, § 16, Nm. 43; véase también JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, § 13, Nm. 25.
(63) ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, § 16, Nm. 84.

b) Segunda situación de ponderación de intereses

44 Esta situación de necesidad se presenta cuando la salvaguarda de un interés individual requiere lesionar o poner en peligro intereses supraindividuales. De ahí que surja un conflicto entre intereses individuales e intereses colectivos. Aquí, es conveniente reformular tanto las ideas rectoras de delimitación de esferas organizativas autónomas que se basan en razones de autodeterminación individual, como las ideas de vinculación de esferas organizativas autónomas que se fundamentan en razones de solidaridad intersubjetiva. Ello encuentra su razón de ser en el hecho de que uno de los titulares de los intereses en juego posee personalidad colectiva, mientras que el otro titular posee personalidad individual. Pues bien, en tal contexto situacional, resulta racional exigir al Estado un mayor grado de solidaridad intersubjetiva frente a los ciudadanos respecto del grado de solidaridad que se impone cuando el conflicto de intereses se plantea entre sujetos individuales. En virtud de ello, el mayor grado de solidaridad impuesta al Estado puede conducir a que basta la mera preponderancia de los intereses individuales salvaguardados para justificar el hecho típico configurado por la conducta salvadora. No obstante, existen situaciones en que no es posible exigir al Estado un mayor grado de solidaridad intersubjetiva. En estos supuestos, no quedan eximidos de responsabilidad penal –al menos no al amparo del estado de necesidad justificante– los menoscabos de intereses colectivos que tienen lugar para proteger intereses individuales.

c) Tercera situación de ponderación de intereses

45 En esta situación de necesidad, la salvaguarda de un interés supra individual requiere lesionar o poner en peligro otros intereses de la misma naturaleza, es decir, bienes supraindividuales. Dada la particular clase de situaciones, en las que no entran en conflicto intereses adscritos a esferas organizativas individuales que se encuentran vinculadas por instrumentos jurídicos de solidaridad, sino intereses de carácter supraindividual, la legitimación material de la solución del conflicto se fundamenta en principios operativos ajenos a las ideas regulativas de delimitación de competencias individuales y de solidaridad intersubjetiva. Más aún, en tanto no se produce una afectación directa de intereses adscritos a esferas organizativas individuales, sino de intereses comunitarios, el principio legitimante de tales conflictos está relacionado con dos cuestiones: por un lado, se tiene que partir de una óptica comunitaria global y, por otro lado, ambos intereses supraindividuales contrapuestos deben afectar al mismo sujeto colectivo. Conforme a dicho tenor, si, ponderados los

intereses concurrentes, la salvaguarda de uno genera una mayor utilidad social –desde la óptica de la colectividad en su conjunto– que el mantenimiento de la intangibilidad del otro, habría que entender justificada la acción de salvaguarda correspondiente. De ahí que, en este contexto, sea plausible una legitimación material fundada en razones de máxima utilidad social que se articula a través del llamado principio de ponderación de intereses. Sin embargo, no por eso puede olvidarse que, para la resolución de esta clase de situaciones de necesidad, existen o pueden existir cauces procedimentales formalizados que poseen carácter preferente.

d) Cuarta situación de ponderación de intereses

46 Como ya se indicó *supra*, en la presente situación de necesidad, la ponderación de intereses surge cuando la salvaguarda de un interés supraindividual requiere lesionar o poner en peligro intereses de carácter individual. De ahí, que se produzca un conflicto entre intereses colectivos e intereses individuales. En virtud de que el titular de uno de los intereses en juego es supraindividual y el otro individual, también es necesario reformular los criterios que rigen la vinculación de esferas organizativas individuales con los deberes de solidaridad intersubjetiva esbozados anteriormente (V.1.1, b). A diferencia de lo que ocurre en la segunda situación de ponderación de intereses –donde al Estado se le asigna un mayor grado de solidaridad intersubjetiva para con los ciudadanos–, en estos supuestos, a la persona se adscribe un menor grado de solidaridad intersubjetiva no solo en su relación frente al Estado, sino también en comparación con los deberes de solidaridad intersubjetiva que esta ostenta frente a otros sujetos individuales. En dicha línea, este menor grado de solidaridad intersubjetiva puede conducir a que, para la justificación del hecho, sea exigible una relativa y restringida preponderancia de los intereses supraindividuales salvaguardados por encima de los intereses individuales menoscabados.

1.2. Predominancia del bien jurídico salvaguardado en virtud de la ponderación de la competencia o incompetencia de deberes especiales de sacrificio por parte del sujeto necesitado

47 El otro elemento que se debe tener en cuenta en la ponderación de intereses es el referido a los deberes especiales de sacrificio que puede ostentar el sujeto necesitado. Conforme a este factor, el sujeto necesitado ante una situación de peligro está llamado a no realizar una conducta típica para evitar

el peligro cuando sobre él recaen deberes especiales de soportarlo[64]. Ello se debe a que, en estos supuestos, el necesitado tiene la obligación de sacrificar sus propios intereses o bienes jurídicos para mantener incólume el otro bien jurídico que entra en conflicto por la situación de peligro[65]. En este caso, el bien jurídico menoscabado es, casi siempre, el perteneciente al sujeto que está vinculado por deberes especiales de asumir el riesgo y, *mutatis mutandi*, el bien jurídico salvaguardado casi siempre es el que se encuentra en la otra vera de la colisión[66].

48 En esta situación jurídica se encuentran todas aquellas personas que, en virtud de ciertas profesiones o cargos, llevan implícito un deber de afrontar riesgos inherentes al desempeño de su cargo o profesión[67]. Ese es el caso del deber de sacrificio que tienen los bomberos en sus tareas de extinción de incendios[68]; el deber de arriesgar su salud (y excepcionalmente su vida) que compete a los militares en las situaciones de guerra[69]; el deber de sacrificio que tiene el capitán de un barco para salvar a su tripulación ante el peligro de naufragio[70]; el deber del médico de afrontar el peligro de contagio de una enfermedad cuando trata a sus pacientes[71]; el deber del socorrista de arriesgar su vida cuando rescata a los bañistas[72]; el deber del guía de montaña de asumir el riesgo de accidente[73], etc. Por lo demás, no es preciso que el oficio o

(64) Sobre esta cuestión, cabe precisar que el deber de sacrificio debe hallarse específicamente regulado, pues no basta con un deber general como el deber de diligencia. *Vide* CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español.* Tomo III, p. 287 ss.; MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general,* p. 347; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, § 17, Nm. 86 ss.; PERRON, W., "Kommentar zum § 34 *StGB*". *Op. Cit.*, § 34, Nm. 5; ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, § 16, Nm. 55 ss.

(65) En el mismo sentido se pronuncia SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J., "Estado de necesidad justificante". Tomo II, p. 381. Este autor señala: "Siendo el propio ordenamiento jurídico el que impone el deber de sacrificio, no puede ofrecer la exención, ni por ello la posibilidad de sacrificar el otro bien jurídico en conflicto".

(66) *A contrario sensu*, si el obligado especial sacrifica el bien jurídico del cual es garante surgen dos situaciones: a) el sujeto será jurídico-penalmente competente por el injusto penal cuando la acción de salvaguarda se realiza en forma dolosa, es decir, conociendo que debe soportar el peligro; b) el sujeto será pasible de una eximente incompleta (atenuación de pena por la concurrencia de un estado de necesidad putativo), cuando la acción de salvaguarda se lleva a cabo por una incorrecta comprensión del deber especial.

(67) JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, § 13, Nm. 28, p. 511.

(68) QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F., *Curso de Derecho penal. Parte general*, p. 416.

(69) JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, § 13, Nm. 28, p. 511.

(70) MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, § 17/86, p. 470.

(71) CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Op. Cit.*, p. 287.

(72) Ídem.

(73) JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, § 13, Nm. 28.

cargo sea de carácter público, sino solo es suficiente con que ha de tratarse de un deber jurídico público (por ejemplo, la ley) o privado (v. gr., un contrato).

Sin embargo, lo señalado no implica que las personas sujetas a estos deberes jurídicos quedan excluidas de modo absoluto del ámbito de aplicación de la eximente de estado de necesidad justificante. Existen casos *sui géneris* en los que la vinculación a un deber de sacrificio no excluye la exención de responsabilidad penal por vigencia del instituto comentado; porque el deber especial de sacrificio solo excluye la configuración del estado de necesidad cuando el especialmente obligado quiere sustraerse a cumplir su obligación invocando perjuicios mínimos que son inmanentes al ejercicio de su función o cargo(74). Estos supuestos excepcionales de exención de responsabilidad penal pese a infringir el deber especial se presentan en dos casos: 1°) Cuando a pesar de la existencia de un deber de sacrificio, el cumplimiento de este resulta inútil para salvaguardar el interés o bien jurídico que fundamenta el deber de asunción del riesgo; y 2°) cuando la desproporción entre los bienes en conflicto es tan relevante que ya pierde su sentido racional el cumplimiento del deber de sacrificio(75). Como ejemplo de la primera situación se puede mencionar el caso en que un bombero, ante un incendio incontrolable, no rescata el patrimonio ajeno que está siendo consumido por las llamas, en tanto ello implicaría poner su vida en grave riesgo sin posibilidades razonables de lograr su cometido. Por su parte, prototipo de la segunda situación se encuentra el caso en que un tutor menoscaba el patrimonio de su tutelado para salvar su vida. 49

Finalmente, cabe hacer algunas precisiones sobre el sujeto competente del deber de sacrificio. Sobre dicha cuestión, es necesario señalar que es el necesitado –no el que lleva a cabo la acción salvadora– quien se encuentra vinculado al deber de sacrificio(76). Esto obedece a que no siempre coinciden el sujeto necesitado con el sujeto que realiza la acción de salvaguarda: la coincidencia se presenta solo en el estado de necesidad que tiene como finalidad proteger bienes jurídicos propios, mientras que la falta de coincidencia tiene lugar en el estado de necesidad que busca salvaguardar bienes jurídicos ajenos. Con ello, el sujeto que realiza la acción necesaria no estará amparado por el estado de necesidad justificante si la persona en cuyo favor quiere precaver el mal estaba obligada a sacrificarse. 50

(74) Ibídem, § 13, Nm. 21.
(75) *Vide* Muñoz Conde, F. / García Arán, M., *Derecho penal. Parte general,* p. 348.
(76) Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.,* § 17, Nm. 89.

2. Segundo requisito: empleo del medio adecuado para vencer el peligro

51 Como ya he referido, para que la actuación típica quede justificada por el estado de necesidad, el inc. 4 del artículo 20 del CP establece la concurrencia de un segundo requisito: *el empleo de un medio adecuado para vencer el peligro.* Ello significa que, para el CP, el balance positivo proveniente de la ponderación de bienes jurídicos en conflicto y de la intensidad del peligro amenazante no basta para justificar una conducta típica realizada en estado de necesidad(77). Se requiere, junto a tal requisito, que se emplee un medio adecuado para vencer el peligro. Sobre esta cuestión, un sector de la doctrina extranjera y peruana(78) sostiene que el requisito del medio adecuado es superfluo pues postulan que tal exigencia ya se encuentra recogida en el literal "a" referido a la *ponderación de intereses*. En mi opinión, dicho parecer es expresión de una valoración ínfima sobre la naturaleza del estado de necesidad y de los elementos que lo estructuran(79). Por el contrario, considero que el empleo del medio adecuado resulta muy necesario tanto en el plano político-criminal como en el ámbito práctico, ya que sirve de contrapeso frente al carácter utilitarista que pueda darse a la ponderación de intereses.

52 En el análisis sobre la conducta necesaria (*supra* IV.2.1 ss.) se estableció que no procede el estado de necesidad cuando, existiendo múltiples alternativas de salvación (penales y/o extrapenales) con iguales o similares posibilidades de salvación, el sujeto opta por el medio más lesivo (*limitación por exceso*). Allí se precisó que no se configura la acción salvadora y, por lo tanto, se excluye el estado de necesidad en virtud de la utilización irracional del medio más lesivo, es decir, *por exceso* del medio empleado. Pues bien, en este estadio, la dicción literal "empleo del medio adecuado" se refiere a la restricción que se hace a la configuración del estado de necesidad por utilización de un medio que no cumple un *mínimo* de idoneidad para superar el peligro (*limitación por defecto*). Por esta razón, quienes se disponen a realizar un comportamiento que está destinado a superar una situación de peligro están obligados a utilizar el medio que, desde su perspectiva, presenta una idoneidad mínima para

(77) En este sentido se ha pronunciado JAKOBS cuando señala que para la justificación no basta un saldo positivo de intereses si la solución del conflicto "(...) está canalizada o, incluso, está totalmente excluida por un determinado procedimiento. En tal caso, cualquier otra solución del conflicto es un medio inadecuado", cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, § 13, Nm 36.

(78) En la doctrina peruana participa de esta opinión, VÁSQUEZ SHIMAJUKO, C., "Estado de necesidad justificante", p. 703.

(79) De la misma manera, JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, § 13, Nm. 36.

conseguir el fin perseguido. Por lo demás, la valoración de la idoneidad debe realizarse desde una perspectiva *ex ante*[80].

53 En estas circunstancias, todo lo que es inidóneo para deshacerse del peligro es inadecuado. Así, por ejemplo, es inadecuada para la salvación del paciente la conducción bajo el efecto de alcohol de un médico que, debido a su embriaguez, ya no está en condiciones para desempeñar su función médica[81] ni para conducir un automóvil sin poner en peligro la seguridad pública. Es inadecuado un medio útil en su género, pero demasiado débil en su cantidad; por ejemplo, un extintor manual es inadecuado para apagar un gran incendio[82]. Tampoco es adecuado lo que *ex ante* se presenta como un camino inexorable al daño; por ejemplo, si la quiebra de una empresa amenaza dañar la reputación de la misma, es inadecuado disimular la situación de quiebra mediante un desfalco para evitar la pérdida de reputación[83].

3. Tercer requisito: no provocación de la situación de necesidad por el sujeto que realiza la acción típica de salvaguarda

54 La doctrina y jurisprudencia dominantes sostienen que uno de los requisitos del estado de necesidad justificante es que el sujeto que realiza la acción típica de salvaguarda no debe haber creado (objetiva y subjetivamente) la situación de peligro[84]. Ello se debería a que toda persona está impedida de provocar arbitrariamente una situación de conflicto[85]. Por su parte, el sector minoritario sostiene que dicha exigencia no constituye un requisito del estado de necesidad justificante, porque no se encontraría contemplada en el texto literal de la ley. A partir de tales consideraciones, la doctrina y la jurisprudencia arriban a distintas soluciones. Según el grupo mayoritario, no se encuentra amparado por el estado de necesidad justificante quien realiza conductas típicas salvadoras para proteger bienes jurídicos propios o de terceros frente

(80) De esta manera, SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J., "Estado de necesidad justificante". Tomo II. *Op. Cit.*, p. 375.
(81) JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, § 13, Nm 17.
(82) Ídem.
(83) Ídem.
(84) Así, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Op. Cit.*, p. 284. Este autor refiere que "no es preciso que la provocación de la situación de necesidad fuera el fin perseguido por el sujeto, sino que basta que este considere que era una consecuencia que iría necesariamente unida a la consecución del fin o que previera la posibilidad de provocación y contara con ella". También BUSTOS RAMÍREZ, J., *Obras completas. Op. Cit.*, p. 916.
(85) MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, § 17, Nm 84.

al peligro que él mismo ha creado[86]. Esta sería la situación jurídica de quien lesiona la integridad física de otro para proteger su vida del riesgo amenazante que él mismo ha provocado dolosa o imprudentemente[87].

55 Ejemplo de las modalidades dolosas sería el supuesto de que el capitán –para tener un pretexto con el que destruir los bienes de su enemigo que tiene que transportar– carga a última hora más tripulantes[88]. Si posteriormente, cuando el mar empieza a embravecerse, el capitán arroja la mercancía de su enemigo necesaria para salvar el barco y la tripulación, dicha conducta no quedaría eximida de responsabilidad penal, sino que sería sancionada como delito de daños[89]. En el ámbito de la creación imprudente del peligro, se encuentra el caso del taxista que, por estar conduciendo a una velocidad prohibida, se ve en la necesidad de lesionar a un ciclista para evitar la colisión con un camión que hubiera causado la muerte de los pasajeros[90].

56 Frente a estos puntos de vista, el sector minoritario postula que los auxiliadores sí están amparados por el estado de necesidad justificante –y, por ende, eximidos de responsabilidad penal[91]– cuando, después de haber creado imprudentemente un peligro, auxilian a las víctimas. A favor de esta solución, sus defensores argumentan que si se niega la posibilidad de la eximente al auxiliador que ha colocado a otro en situación de necesidad, el Derecho penal contribuye indirectamente a que el mal se consume[92], porque la víctima no sería auxiliada.

57 A mi juicio, la vigencia o no de este requisito solo puede determinarse en función de los principios rectores que fundamentan todo el ordenamiento jurídico y, por lo tanto, del texto legal que regula el estado de necesidad justificante. Como ya he referido en otro lugar, uno de estos principios básicos

(86) *Vide*, entre otros, ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, § 16, Nm 52; CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Op. Cit.*, p. 285.

(87) *Vide*, entre otros, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Op. Cit.*, p. 285.

(88) Así, CUELLO CONTRERAS, J., *Derecho penal español. Parte general. Op. Cit.*, § X/201, p. 870.

(89) Ídem.

(90) En este sentido se pronuncian MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, § 17, Nm. 79; POMARES CINTAS, E., "Delitos de acción. La antijuridicidad II". En: ZUGALDÍA ESPINAR, Miguel (director), *Derecho penal. Parte general*, p. 601. Estos autores recurren a un razonamiento paralelo a la *actio liebra in causa* (la conducta imprudente creadora de la situación de necesidad es *conditio sine qua non* del resultado final) para excluir la eximente. También excluye la eximente, pero con otros argumentos, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Op. Cit.*, p. 285.

(91) De este modo, COBO DEL ROSAL. M. / VIVES ANTÓN, T., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 527; MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 346; QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F., *Curso de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 415.

(92) Cfr. QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F., *Curso de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 415.

es que ninguna persona tiene la facultad de menoscabar esferas de libertad ajenas en forma arbitraria (sea de manera dolosa, sea de manera imprudente); más bien, en una sociedad civil mínimamente organizada una regla básica de convivencia es que *todas las personas tienen el deber de no lesionar ámbitos de libertad ajenos y asumir las consecuencias de su organización defectuosa*(93). Solo así tiene sentido el reconocimiento de la capacidad de autoorganización; de modo que, si alguien quebranta dicho deber (si alguien crea arbitrariamente un peligro para los demás), aquel es responsable por las consecuencias que emanan de tal infracción. Por otro lado, es preciso recordar lo que ya se apuntó *supra* (IV.1.1): *ninguna persona tiene el deber de asumir los costos lesivos que emanan de las actuaciones arbitrarias e irracionales de otras personas autorresponsables*. Por lo demás, si nos retrotraemos al momento en que el sujeto crea la situación de necesidad, se observa que este organizó defectuosamente su ámbito de libertad; es decir, no existió una situación de necesidad, sino un acto dominable por la esfera organizativa del autor(94). Consecuentemente, si una persona crea un peligro para sus propios bienes jurídicos o para bienes jurídicos ajenos, las conductas típicas realizadas por este sujeto dirigidas a salvaguardar los bienes o intereses jurídicos puestos en peligro no son (ni deben ser) cubiertas por el estado de necesidad justificante(95).

58 Otro criterio que se debe tomar en cuenta a efectos de contemplar como requisito del estado de necesidad justificante *la no creación de la situación de necesidad por el autor* es la interpretación teleológica y sistemática del artículo 20, inciso 4 CP. Al respecto, cabe indicar que, si bien el precepto acotado no contempla a la "no provocación de la situación de necesidad por el sujeto que realiza la acción típica de salvaguarda" como requisito del estado de necesidad justificante, ello solo ocurre en el plano formal. Sin embargo, las interpretaciones teleológica y sistemática del artículo 20, inciso 4 CP y de todas las causas de justificación –y en particular del estado de necesidad– nos permiten concluir que la no provocación (dolosa o imprudente) de la situación de necesidad por parte del auxiliador sí constituye un requisito legal del estado de necesidad justificante(96). En efecto, como ocurre con la agresión ilegítima en la legítima

(93) Jakobs, G., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, § 13, Nm 27.

(94) Cuello Contreras, J., *Derecho penal español. Parte general. Op. Cit.*, § X/200, p. 869.

(95) La exclusión del estado de necesidad se debe a la actuación arbitraria que crea la situación de necesidad, mas no a la actuación salvadora ulterior. En el mismo sentido, Cerezo Mir, J. *Curso de Derecho Penal español. Op. Cit.*, p. 283.

(96) En el mismo sentido, interpreta la doctrina mayoritaria alemana al artículo 34 del *StGB* cuando, pese a la no regulación expresa de este requisito, considera que la provocación culpable de la situación de necesidad debe ser tenida en cuenta en la ponderación de intereses, véase, por ejemplo, Roxin, C., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, § 16, Nm. 52 ss.

defensa (interpretación sistemática) la creación arbitraria del peligro –que, a su vez, genera la situación de necesidad– no es tolerada por sector alguno del ordenamiento jurídico. Y, es que, junto a lo acabado de expresar, el espíritu del inciso 4 del artículo 20 CP (interpretación teleológica) no tiene como fin proteger a aquellos sujetos que realizan comportamientos típicos para salvar bienes jurídicos que ellos mismos han puesto en peligro de manera previa y arbitraria. El estado de necesidad justificante solo está orientado a eximir de responsabilidad penal a aquellas personas que realizan comportamientos típicos tendientes a salvar bienes jurídicos propios o ajenos, siempre y cuando el peligro amenazante no emerja de su ámbito de competencia.

59 En virtud de los dos criterios esbozados, considero que no quedan eximidos de responsabilidad penal por aplicación del estado de necesidad justificante los siguientes supuestos: a) aquel sujeto que, para salvarse de un incendio que él mismo ha provocado, lesiona a otro típicamente, y ello aunque al momento de provocar el incendio no hubiese querido la situación de tener que elegir entre su vida y la integridad física del otro[97]; b) el conductor de un vehículo que, pese a observar el mal estado de los frenos de su auto, decide ir de viaje. En el trayecto a su destino pierde el control de los frenos por el mal estado de estos y, para evitar atropellar a un transeúnte, hace estrellar su automóvil en un establecimiento comercial que en ese momento se encuentra vacío. En estos dos supuestos, estará excluido el estado de necesidad justificante por exigencia del tercer requisito y, por consiguiente, los agentes serán competentes de los delitos de lesiones y daños respectivamente.

VI. Estado de necesidad putativo

60 Esta institución posee una naturaleza y efectos jurídicos distintos respecto de los estados de necesidad justificantes agresivo, defensivo y coactivo. Sobre su naturaleza, cabe señalar lo siguiente: el peligro (inexistente en la realidad) no emana de la naturaleza o de esferas de responsabilidad ajenas, sino de la representación anómala del propio sujeto, es decir, de su propia organización defectuosa. Por ello, en el estado de necesidad justificante putativo –a diferencia del verdadero estado de necesidad justificante– no existen deberes de tolerancia frente a la acción de salvaguarda putativa. Por consiguiente, los afectados por la conducta salvadora pueden recurrir al ejercicio del estado de necesidad justificante defensivo o a la legítima defensa. Pues,

(97) Así, Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, § 17, Nm. 76; Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español. Op. Cit.*, p. 283 s.

en el contexto de un Derecho penal democrático, los ciudadanos no tienen el deber de asumir los riesgos derivados de la percepción subjetiva errónea de otros sujetos autorresponsables. Por esa razón, los deberes de solidaridad que competen a toda persona que vive en comunidad no están orientados a asumir los costos que provienen de las organizaciones defectuosas. Consecuentemente, los deberes de solidaridad intersubjetiva no justifican los riesgos que se originan en la percepción errónea de la realidad, pues ello implicaría aceptar que la realidad objetiva no es la que es, sino la que erróneamente percibe un observador defectuoso.

61 De lo expuesto surge la interrogante ¿en qué supuestos existe una percepción incorrecta de la realidad que fundamenta un estado de necesidad putativo? A mi juicio, existen múltiples situaciones en las que el titular de la conducta necesaria puede incurrir en una percepción incorrecta de la realidad; de todas ellas, dos son las más importantes.

62 La primera situación se presenta cuando el sujeto necesitado yerra sobre la concurrencia de un peligro amenazante, esto es, pese a que no existe un peligro se representa falsamente la concurrencia de un mal. Este error sobre la existencia del peligro, a su vez, puede tener lugar en dos formas distintas. En primer lugar, cuando el sujeto se representa subjetivamente un mal inminentemente amenazante que, sin embargo, no existe realmente conforme a un baremo objetivo *ex ante*: hay ausencia total de peligro. En segundo lugar, cuando el peligro existente es magnificado por el sujeto, es decir, existe el peligro, pero no posee las características de inminente, o de insuperabilidad. Por su parte, la segunda situación está relacionada con la percepción incorrecta de la subsidiariedad de los medios utilizados. Aquí, el sujeto que realiza la acción de salvaguarda también se ve inmerso en dos formas incorrectas de apreciar la realidad: una, cuando existiendo varios medios (más lesivos y menos lesivos) para alejar el peligro, utiliza el medio más gravoso debido a que no se ha percatado (cree erróneamente que es el único medio) de la existencia de los otros medios menos lesivos; y, otra, cuando habiéndose percatado de la existencia de varios medios (más lesivos y menos lesivos), utiliza el más lesivo en virtud de que ha realizado una incorrecta apreciación de la entidad lesiva de los medios utilizables existentes.

63 De lo expuesto, se infiere que la incorrecta apreciación de la realidad por parte del sujeto que realiza la acción de salvaguarda es producto de un obrar negligente, de modo que el estado de necesidad putativo no tiene lugar en las conductas dolosas, sino solo en las imprudentes. Asimismo, en virtud de que la imprudencia se configura por error vencible e invencible, entonces el

estado de necesidad putativo tiene lugar cuando concurre cualquiera de los tipos de error. Así, estaremos ante un estado de necesidad putativo por error vencible en los supuestos de que la observancia del deber de cuidado respectivo hubiese conducido a una correcta percepción del peligro o de la subsidiariedad de los medios utilizados; por el contrario, la presencia de un estado de necesidad putativo provocado por un error invencible tendrá lugar cuando la observancia del deber de diligencia no hubiese posibilitado la percepción correcta de la realidad.

64 Finalmente, la consecuencia jurídica que corresponde al estado de necesidad justificante putativo no es la exclusión de responsabilidad penal al sujeto que realiza la acción de salvaguarda, sino únicamente atenúa la pena. En efecto, el artículo 21 del CP refiere que: "En los casos del artículo 20, cuando no concurra alguno de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el Juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal". Conforme a este precepto, resulta claro que la disminución de la pena dentro los márgenes legales respectivos o por debajo del mínimo legal está sujeta a las circunstancias más o menos atenuantes del caso concreto. Ahora bien, sobre esta cuestión omito pronunciarme, pues el desarrollo de esta problemática no compete al comentario del artículo 20, inciso 4, sino al artículo 21.

VII. Bienes o intereses jurídicos susceptibles de preservación mediante estado de necesidad justificante

65 Susceptibles de preservación mediante el ejercicio del estado de necesidad justificante son todos aquellos bienes jurídicos que tienen connotación jurídico-penal. En tal contexto, pueden ser salvaguardados mediante el estado de necesidad, bienes jurídicos individuales, bienes jurídicos colectivos y bienes jurídicos estatales[98]. Esto se desprende de lo regulado por el artículo 20, inc. 4 CP, donde se señala que es posible recurrir al estado de necesidad justificante para conjurar el peligro que amenaza *la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico.* Como puede observarse, el mencionado precepto no excluye a los bienes jurídicos colectivos ni a los bienes jurídicos estatales, por el contrario, sí los toma en cuenta mediante la fórmula "u otro bien jurídico", el cual puede ser individual, estatal o colectivo. Por tal razón, en contra de lo que postula la doctrina tradicional, sostenemos que sí es posible recurrir al estado de necesidad justificante para proteger tales bienes jurídicos. Ello

(98) En el mismo sentido, JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, § 13, Nm. 10 ss.

se puede presentar, por ejemplo, en los supuestos de traición a la patria (protección de un bien jurídico estatal) o en los casos de amenaza contra la salud pública o el medio ambiente (protección de bienes jurídicos colectivos).

VIII. Bibliografía

BALDÓ LAVILLA, Francisco, *Estado de necesidad y legítima defensa*. Bosch, Barcelona, 1994; BLANCO CORDERO, Isidoro, *Límites a la participación delictiva*. Comares, Granada, 2001; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Obras completas*. Tomo I. ARA Editores, Lima, 2005; CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001; CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español*. Tomo III. Tecnos, Madrid; COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal. Parte general*. 5ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *Derecho penal español. Parte general*. 3ª edición. Dykinson, Madrid, 2002; ERB, Volker, "§ 16 Irrtum über Tatumstände". En: *Münchener Kommentar zum StGB*. Band 1, 3ª ed., 2017; FEIJÓO SÁNCHEZ, José Bernardo, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995*. Colex, Madrid, 1997; FEIJÓO SÁNCHEZ, José Bernardo, *Imputación objetiva en Derecho penal*. Grijley, Lima, 2002; FEIJÓO SÁNCHEZ, José Bernardo, *Resultado lesivo e imprudencia*. Bosch, Barcelona, 2001; FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Traducción de la edición alemana de 1988 por CUELLO CONTRERAS, Joaquín y SERRANO GONZALES DE MURILLO, José Luis. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004; JAKOBS, Günther, *AT*. 2ª edición, 1991; JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general (fundamentos y teoría de la imputación)*. Traducción de CUELLO CONTRERAS, Joaquín y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1997; JAKOBS, Günther, *Schuld und Prävention*, 1976; JESCHECK, Heirich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal. Parte general*. Traducción de Miguel OLMEDO CARDENETE. 5ª edición. Comares, Granada, 2002; KINDHÄUSER, Urs, *Gefährdung als Straftat*, 1989; MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La imputación objetiva del resultado*. Edersa, Madrid, 1992; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*. 7ª edición. B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2004; MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*. 2ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996; MÜSSIG, Bernd, MÜNCHENER KOMMENTAR, 2003; PERRON, Walter, "Kommentar zum § 34 StGB". En: SCHÖNKE, Adolf / SCHRÖDER, Horst, *Strafgesetzbuch*. 29ª edición. München, 2014; POMARES CINTAS, Esther, "Delitos de acción. La antijuridicidad II". En: ZUGALDÍA ESPINAR, Miguel (director), *Derecho penal. Parte general*. Tirant lo Blanch, Barcelona, 2002; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo / MORALES PRATS, Fermín, *Curso* 66

de Derecho penal. Parte general. Aranzadi, Madrid, 2000; ROXIN, Claus, *AT.* Tomo I, 3ª edición, 1997; ROXIN, Claus, "Der entschuldigende Notstand nach § 35 StGB". En: *JA*, 1990; ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general.* Traducción de LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel y DE VICENTE REMESAL, Javier. Tomo I. 1ª edición castellana. Civitas, Madrid, 1997; ROXIN, Claus, "Schuld und Verantwortlichkeit als strafrechtliche Systemkategorien". En: ROXIN, Claus, (Herausgeber) *FS-Henkel,* 1974; ROXIN, Claus, "Zur Problematik des Schuldstrafrechts". En: *ZStW* Nº 96, 1984; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, José Eduardo, "Estado de necesidad justificante". En: *Comentarios al Código Penal.* Tomo II. Edersa, Madrid, 1999; SCHÜNEMANN, Bernd, "Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Lichte des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars". En: *GA*, 1986; STRENG, Franz, "Schuld, Vergeltung, Generalprävention". En: *ZStW* Nº 92, 1980; VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos, "Estado de necesidad justificante". En: *Código Penal comentado.* Tomo I. Gaceta Jurídica, Lima, 2004; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal. Parte general.* Grijley, Lima, 2006; WESSELS, Johannes, *Derecho penal. Parte general.* Traducción de la 6ª edición alemana por FINZI, Conrado. Depalma, Buenos Aires, 1980.

§ 20.5
Estado de necesidad exculpante

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

Sumario

	Nm	P
I. Introducción	1	139
II. Concepto	2	140
III. Fundamento	6	142
IV. Elementos estructurales	9	143
1. Existencia de un peligro actual	10	144
2. Imposibilidad de evitar el peligro de otro modo	14	145
V. Requisitos	17	146
1. Requisitos objetivos	18	146
1.1. Bienes jurídicos protegidos en el Estado de necesidad exculpante	19	147
1.2. Realización de un comportamiento antijurídico	26	150
1.3. El mal causado no debe ser de mayor entidad que el mal que se busca evitar	29	151
1.4. Inexistencia de una obligación jurídica de soportar el peligro	31	152
1.5. El autor no debe haber causado la situación de peligro	37	154
2. Elementos subjetivos	41	155
V. Otras cuestiones del estado de necesidad exculpante	44	157
VI. Bibliografía	48	158

§ 20.5. Exención de responsabilidad penal por estado de necesidad exculpante

"Esta exento de responsabilidad penal:

(...)

5. El que, ante un peligro actual y no evitable de otro modo, que signifique una amenaza para la vida, la integridad corporal o la libertad, realiza un hecho antijurídico para alejar el peligro de sí mismo o de una persona con quien tiene estrecha vinculación.

No procede esta exención si al agente pudo exigírsele que aceptase o soportase el peligro en atención a las circunstancias; especialmente, si causó el peligro o estuviese obligado por una particular relación jurídica;

(...)".

I. Introducción

En este trabajo se analiza brevemente el estado de necesidad exculpante que se encuentra regulado en el artículo 20, inciso 5 del Código Penal 1

peruano de 1991. En torno a dicha problemática, es necesario realizar dos precisiones metodológicas. Por un lado, los juicios sobre la naturaleza, el fundamento, los requisitos y las consecuencias jurídicas del estado de necesidad exculpante serán formulados en función de los conceptos de "libertad" (jurídica) y "Derecho" (penal). Ello en virtud de que –desde mi perspectiva– la creación, protección y ampliación de la libertad jurídica constituyen el fundamento y fin de todas las instituciones del Derecho penal y, por lo tanto, del estado de necesidad exculpante. Como acertadamente sostiene HEGEL, "el derecho no es otra cosa que el reino de la libertad". Por otro lado, los conceptos de "libertad" y "Derecho" (penal) –y, por consiguiente, los juicios sobre el estado de necesidad exculpante– que se esbozan a continuación se enmarcan en la categoría del "deber ser", que es postulada por la teoría del conocimiento idealista.

II. Concepto

2 El Código Penal peruano no define el estado de necesidad exculpante, pues el artículo 20 inciso 5 de dicho cuerpo legislativo se limita a establecer las características y los presupuestos de dicha institución, los cuales solo se refieren bien a los aspectos fenomenológicos, bien a los requisitos formales de operatividad de dicha figura jurídica, pero, en modo alguno, define el estado de necesidad exculpante. Por su parte, la doctrina (extranjera) mayoritaria tiende a definir el estado de necesidad exculpante bien como una causa de justificación, bien como una causa de inculpabilidad. En ambos casos, dichas definiciones tienen como punto de partida la categoría del ser, lo cual, ya de origen y por principio, muestra una incompatibilidad metodológica y conceptual con los postulados que, como los aquí defendidos, se desarrollan desde el plano del "deber ser".

3 Expresión de ello es el concepto del estado de necesidad (exculpante) formulado por la filosofía ontológica del Estado liberal[1], la cual define al estado de necesidad exculpante como una situación extrajurídica excepcional, que permite a los ciudadanos inobservar las normas jurídico-penales de comportamiento (menoscabar bienes jurídicos ajenos), a efectos de consevar sus propios intereses existenciales, cuando se presentan situaciones de peligro extremas que imposibilitan al Estado cumplir con su función protectora[2]. A partir de estas premisas filosófico-ontológicas, han sido desarrolladas las diversas

(1) Entre otros se pueden mencionar a FICHTE, KANT, PUDENDORF, etc.
(2) PAWLIK, M., "Una teoría del estado de necesidad exculpante". En: *InDret* N° 4, p. 5.

definiciones jurídico-penales del estado de necesidad exculpante, cuya característica común es concebir a dicha categoría como una situación de peligro de un bien jurídico, la cual solo puede ser superada mediante el menoscabo de otros bienes jurídicos de igual valor[3].

Contra estas tesis, cabe indicar que su naturaleza ontológica impide formular 4
algo jurídico como es la definición del estado de necesidad exculpante, porque dicha institución, al ser definida como mera manifestación natural del principio de autoconservación ante la incapacidad material de superar una situación de peligro, no ostenta connotación jurídica alguna. Tales caracterizaciones del estado de necesidad exculpante son simples manifestaciones fenomenológicas de la facticidad, las cuales carecen de valoración en el plano jurídico a efectos de fundamentar la exención de responsabilidad penal. El estado de necesidad exculpante –como causa que exime de responsabilidad penal a quien actúa amparado por ella– es una construcción puramente jurídica[4], por lo que su definición no puede ser elaborada en virtud de conceptos cuyo objeto de referencia es la realidad ontológica del mundo natural. Por otro lado, si las categorías naturales expuestas son las que facultan a quien se encuentra en una situación de peligro a infringir las normas jurídicas o lesionar intereses ajenos para salvaguardar sus propios intereses, la misma facultad también se tiene que conceder a los destinatarios de la intervención[5]; con ello, el sujeto pasivo de la conducta interventora si bien estaría obligado a soportar el menoscabo de sus intereses, al mismo tiempo, estaría autorizado a lesionar los intereses de quienes, para proteger sus bienes ante una situación de peligro, amenazan con menoscabar las esferas de libertad de este. Ahora bien, esta situación derivada de las tesis ontológicas conduce al caos, a la negación del derecho y de la sociedad; por tal razón, se rechazan dichas teorías.

Desde mi perspectiva, el estado de necesidad exculpante –y, en conse- 5
cuencia, también el estado de necesidad justificante– es una categoría jurídica que ha sido creada por el derecho y por la libertad jurídica. Por ello, la definición del estado de necesidad exculpante también debe tener una connotación jurídico-normativa, lo cual implica que este sea definido desde el derecho y la libertad. En ese contexto, el estado de necesidad exculpante aquí es concebido como una institución jurídica, cuya función (igual que la función de todo el

(3) Dentro de la literatura española se encuentran, entre otros, Cuello Calón-Camargo, E., *Derecho penal. Parte general*. Tomo I, pp. 407 ss. y 414; Jiménez de Asúa, L., *Tratado de Derecho penal*. Tomo IV, pp. 367 s., 395 ss.; Quintano Ripollés, A., *Curso de Derecho penal*, Tomo I, p. 382.

(4) Pawlik, M., "Una teoría del estado de necesidad exculpante". *Op. Cit.*, p. 8.

(5) Ibídem, p. 9.

sistema jurídico-penal) es proteger la libertad. Ahora bien, por protección de la libertad no debe entenderse como protección exclusiva de la libertad individual –v. gr. la conservación de la libertad de quien infringe las normas jurídicas o menoscaba intereses ajenos ante una situación de un peligro–, sino como protección de la libertad general y, a través de ella, de la libertad individual. Tal definición lleva –como se verá *infra*– a fundamentar el estado de necesidad exculpante no solo en la conservación de la libertad natural o individual del interviniente que actúa en la situación de peligro, sino también en nombre de la libertad del destinatario de la intervención. De dicha problemática trata el siguiente ítem.

III. Fundamento

6 La doctrina jurídico-penal también ha intentado fundamentar el estado de necesidad exculpante en categorías ontológicas. Ello se expresa en cada una de las teorías que se han elaborado al respecto, las cuales, de una u otra manera, anclan su punto de partida en determinados postulados *ius* filosóficos. Dentro de la diversa gama de puntos de vista destacan los siguientes: a) Tesis de la desobediencia al Estado en casos de necesidad existencial, formulada por PUFENDORF(6) y FICHTE(7), conforme a la cual los ciudadanos están legitimados para infringir las reglas dadas por el Estado cuando este ya no puede llevar a cabo su función protectora; b) tesis de la inexigibilidad de un comportamiento conforme a derecho defendida por KANT(8), bajo cuya perspectiva el ciudadano puede transgredir las normas jurídicas en los supuestos de que el cumplimiento de estas implica el quebrantamiento del imperativo de autoconservación; c) teoría de la innecesariedad de aplicar una pena al autor del hecho típico, desarrollada por el funcionalismo político criminal(9) y por el funcionalismo sistémico(10), según la cual no hay necesidad, ni de resocializar

(6) PUFENDORF, S., Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur. Tomo I, p. 68.

(7) FICHTE, J., *Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre*, p. 246 ss.

(8) KANT, I., *Die Metaphysik der Sitten*, p. 343.

(9) ROXIN, C., *Strafrecht AT I*, § 22, Nm. 6, p. 11 ss.; ROXIN, C., "'Schuld' und 'Verantwortlichkeit' als strafrechtliche Systemkategorien". En: ROXIN, C. (Herausgeber), *FS-Henkel*, p. 182 ss.; ROXIN, C., "Zur Problematik des Schuldstrafrechts". En: *ZStW* 96, p. 655; ROXIN, C., "Der entschuldigende Notstand nach § 35 *StGB*". En: *JA*, 1990, p. 98 ss.; SCHÜNEMANN, B., "Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Lichte des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars". En: *GA*, 1985, p. 300.

(10) JAKOBS, G., *Strafrecht AT*, § 20, Nm. 1 ss.; JAKOBS, G., *Schuld und Prävention*, p. 20 ss KINDHÄUSER, U., *Gefährdung als Straftat*, p. 36 ss.; MÜSSIG, B., "§ 35". En: JOECKS, W. / MIEBACH, K. (editores). *Münchener Kommentar zum StGB*, Nm. 3; STRENG, F., "Schuld, Vergeltung, Generalprävention". En: *ZStW* 92, p. 655.

al autor, ni de reestablecer la confianza general en el ordenamiento jurídico-penal, cuando alguien infringe las normas jurídico-penales obligado por un estado de necesidad exculpante.

La primera teoría presenta la misma falencia de las tesis que ya fueron criticadas cuando se analizó el concepto del estado de necesidad exculpante, pues fundamenta dicho instituto jurídico en los extramuros del Derecho (penal), lo cual le impide construir una fundamentación jurídica de la exculpación, porque del "ser" no se deriva ningún "deber ser"[11]. Por su parte, la segunda tesis es muy limitada, pues, por un lado, restringe la fundamentación jurídica del estado de necesidad exculpante solo a la libertad negativa (principio de autoconservación) del interviniente y no toma en consideración la libertad negativa del intervenido y, por otro lado, se deja de lado la dimensión positiva del derecho y/o de la libertad. Ello conduce a una ilegítima fundamentación del estado de necesidad exculpante, ya que –en contra de sus propios postulados– superpone el interés de autoconservación del interventor por encima del interés del sujeto pasivo de la intervención. Finalmente, sobre la tercera teoría, cabe precisar que la exclusión de pena a quien realiza un hecho típico en estado de necesidad exculpante, bajo el argumento de que, en dicho supuesto, no hay necesidad de resocialización o de reestablecer la conciencia jurídica general, evidencia la negación de la persona como ser normativo libre. 7

Desde mi perspectiva –como ya he planteado en otro lugar[12]– el fundamento del estado de necesidad (exculpante) es el mismo de todo el sistema jurídico (penal). En ese orden de ideas, el estado de necesidad (exculpante) –al igual que todas las instituciones del Derecho (penal)– tiene como fundamento y fin la creación y protección de la libertad. 8

IV. Elementos estructurales

El inciso 5 del artículo 20 del Código Penal peruano contempla dos elementos estructurales del estado de necesidad exculpante. Dichos elementos son: la existencia de un peligro actual (1) y la imposibilidad de evitar el peligro de una forma menos grave (2). 9

(11) Pawlik, M., "Una teoría del estado de necesidad exculpante". *Op. Cit.*, p. 9.

(12) Al respecto, en esta misma obra, véase el comentario al principio de legalidad (§ II del Título Preliminar, tomo I, Rn. 1) y el comentario al estado de necesidad justificante (§ 20 inc. 4, tomo II, Rn. 3).

1. Existencia de un peligro actual

10 Este requisito posee, a su vez, dos componentes: a) el carácter del peligro debe ser real y actual y b) debe ser inminente la lesión de los bienes jurídicos amenazados.

11 El carácter real (actual) del peligro es de índole ontológica, pues la determinación de la existencia del mismo está sujeta a la presencia de circunstancias y condiciones que son comprobables en el plano empírico. Dicho de otro modo, un peligro real tiene lugar cuando en un determinado contexto temporal, espacial y social aparecen determinados factores preexistentes y concomitantes, los cuales crean un riesgo excepcional concreto que está presente antes –en el momento inmediatamente anterior– y durante la realización de la conducta antijurídica[13]. Solo dicha situación real y actual de peligro es un elemento constitutivo del estado de necesidad exculpante[14]. Por el contrario, las situaciones de riesgo inciertas o imaginarias que son producto de supersticiones, estados emocionales anómalos, etc. no fundamentan un estado de necesidad exculpante[15] y, por lo tanto, no eximen de responsabilidad penal a quien realiza un comportamiento antijurídico.

12 Por su parte, la inminente lesión de los bienes jurídicos amenzados significa que la situación de riesgo no solo debe tener existencia real y actual, sino, sobre todo, debe poseer una entidad cuantitativa y cualitativa de gran intensidad, tanto que, desde una perspectiva *ex ante*, la lesión de los bienes o intereses jurídicos aparece como muy probable[16]. Por tal razón, este componente exige que, en el plano objetivo, la relación entre la existencia de la situación de peligro y la inminente o probable lesión de los bienes o intereses jurídicos amenazados debe adecuarse a los presupuestos de imputación objetiva de los injustos penales de lesión[17] o de peligro concreto[18]. Conforme a ello, la existencia real de un peligro actual (creación de riesgo) en sí misma no es suficiente para fundamentar una actuación antijurídica, sino que es imprescindible que de dicha situación emane un peligro concreto de lesión de los bienes

(13) Así, Perron, W., "Kommentar zum § 34 *StGB*". En: Schönke, A. / Schröder, H., *Strafgesetzbuch*, Nm. 12.
(14) Al respecto, en la literatura alemana *vide* Perron, W., "Kommentar zum § 35 *StGB*". *Op. Cit.*, § 35, Nm. 3.
(15) Revilla Llaza, P., "Estado de necesidad exculpante". En: *Código Penal comentado*. Tomo I, p. 705.
(16) De esta manera, Pawlik, M., *Der rechtfertigende Notstand*, p. 173; Perron, W., "Kommentar zum § 34 *StGB*". *Op. Cit.*, Nm. 15; Rengier, R., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 19 (Nm. 9, 12).
(17) Rengier, R., *Strafrecht Allgemeiner Teil*. *Op. Cit.*, § 19, (Nm. 9), § 26 (Nm. 8).
(18) Hirsch, H., "Peligro y peligrosidad". En: *Obras completas*, p. 215.

jurídicos[19] descritos en el inciso 5 del artículo 20 del Código Penal peruano (realización del riesgo). De lo dicho se infiere dos cosas: por un lado, la ausencia de uno de estos componentes elimina sin más el cumplimiento del primer requisito y, a través de ello, excluye la configuración del estado de necesidad exculpante; pues una interpretación contraria daría lugar a una ampliación desmesurada de la eximente. Por otro lado, el primer requisito del estado de necesidad exculpante queda satisfecho completamente pese a que la lesión del bien jurídico, que había de producirse, no se produce por la concurrencia de una circunstancia excepcional.

Por lo demás, la fuente de donde emana la situación de peligro puede ser 13
diversa. En tal sentido, la situación de peligro puede surgir de las esferas de organización ajenas (dolosas o imprudentes), de la naturaleza[20], etc.

2. Imposibilidad de evitar el peligro de otro modo

El requisito "imposibilidad de evitar el peligro de otro modo" tiene diver- 14
sos planos de expresión. En pimer lugar, dicho componente debe ser entendido como imposibilidad material de llevar a cabo una conducta conforme a Derecho[21] (por ejemplo, retiro del lugar donde se encuentra la situación de peligro) que evite la lesión de los bienes o intereses jurídico-penales amenazados por la situación de peligro. Solo cuando no existe dicha posibilidad, el autor de un comportamiento antijurídico queda exento de la imposición de una pena[22]. Por el contrario, no cumple este requisito del estado de necesidad exculpante y, por lo tanto, no está exento de responsabilidad penal, quien –ante la presencia de una situación real e inminente de peligro que puede ser eludida mediante un comportamiento adecuado a derecho– opta por realizar un injusto penal[23] para salvaguardar los bienes o intereses amenazados.

En segundo lugar, imposibilidad de evitar el peligro de otro modo sig- 15
nifica que, al actuante, en el ámbito de las actuaciones antijurídicas, no le es accesible la realización de una conducta antijurídica extrapenal (un injusto civil o administrativo) para salvaguardar los bienes jurídicos que son amenazados por la situación de peligro. Expresado de otra manera, solo está exento de responsabilidad penal quien, debido a la imposibilidad de realizar un injusto civil

(19) Rengier, R., *Strafrecht Allgemeiner Teil. Op. Cit.*, § 19, Nm. 12.
(20) Ibídem, § 19, Nm. 13.
(21) Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español* II, p. 260; Jescheck, H., *AT*, § 44, p. 482.
(22) Jescheck, H., *AT*, *Op. Cit.*, § 44, p. 482.
(23) Ídem.

o administrativo, realiza un injusto penal para conjurar el peligro respecto de bienes jurídicos que son de su interés. En los demás supuestos –a saber, cuando el autor realiza un injusto penal, pese a que puede proteger los bienes jurídicos puestos en peligro mediante la realización de conductas que solo contravienen normas jurídicas de carácter administrativo o civil– no es posible fundamentar la exención de responsabilidad penal en la modalidad del estado de necesidad exculpante[24].

16 En tercer lugar, el requisito analizado exige que quien realiza un injusto penal con la finalidad de proteger bienes jurídico-penales de su interés frente a una situación real de peligro, no debe tener a su disposición la realización de un injusto penal de menor intensidad lesiva que el configurado. Es decir, este requisito obliga al autor a que, entre la diversa gama de injustos penales, recurra a la realización del comportamiento jurídico-penal prohibido que posee menor entidad lesiva para los bienes o intereses afectados[25]; por ejemplo, el autor debe inclinarse por menoscabar la libertad antes que la vida, el patrimonio antes que la libertad, etc. Consecuentemente, quien pese a tener la posibilidad de realizar una conducta antijurídica menos lesiva –independientemente de sus móviles personales– realiza un injusto penal grave no es beneficiario de la exención de responsabilidad penal que subyace al estado de necesidad exculpante.

V. Requisitos

17 El artículo 20, inciso 5 del Código Penal establece cinco requisitos objetivos y elementos subjetivos para la vigencia del estado de necesidad exculpante.

1. Requisitos objetivos

18 Son requisitos objetivos del estado de necesidad exculpante: la protección de la vida, la integridad corporal o la libertad de sí mismo o de una persona con quien existe estrecha vinculación (1), la realización de un comportamiento típico y antijurídico (2), el mal causado no debe ser de mayor entidad que el que se busca evitar (3), la inexistencia de una obligación jurídica de soportar el peligro (4), la no causación de la situación de peligro por parte del autor (5).

(24) Ídem.
(25) RENGIER, R., *Strafrecht Allgemeiner Teil. Op. Cit.*, § 26, Nm. 9 s.

1.1. Bienes jurídicos protegidos en el Estado de necesidad exculpante

A diferencia del estado de necesidad justificante (Art. 20, inc. 4), donde 19
el círculo de bienes jurídicos amenazados por la situación de peligro es mucho más amplio e indeterminado, en el estado de necesidad exculpante el círculo de bienes jurídicos puestos en peligro es taxativo y reducido[26]. Para ser más precisos, los bienes jurídicos cuya puesta en peligro faculta a una persona a realizar una conducta antijurídica bajo el imperio del estado de necesidad exculpante son únicamente la vida, la integridad corporal o la libertad del autor o de otra persona con quien el autor ostenta un vínculo estrecho. Ello impide ampliar por analogía la operatividad del estado de necesidad exculpante a bienes jurídicos distintos a la libertad, la integridad corporal y la vida[27]. De modo que la realización de un injusto penal para proteger bienes jurídicos distintos a los establecidos en la ley –v. gr., el menoscabo del patrimonio u honor ajenos– no fundamenta en caso alguno una exención de responsabilidad penal en el sentido del artículo 20, inciso 5, sino –de cumplirse los presupuestos del artículo 21– una forma de responsabilidad penal restringida, que conduce a una disminución de la pena.

Una segunda limitación del ámbito de operación del estado de necesidad 20
exculpante que ha establecido el legislador peruano en el inciso 5 del artículo 20 es el referido a la titularidad de los bienes jurídicos amenazados. Conforme a dicha disposición, no toda situación real de peligro para la vida, la libertad o la integridad corporal que no puede ser superada de otro modo fundamenta sin más la configuración del estado de necesidad exculpante, sino solo aquellos estados de peligro que afectan en forma grave[28] a la libertad, a la vida o a la integridad física de quien realiza la acción antijurídica de salvaguarda o de personas con las cuales el autor tiene una estrecha vinculación[29]. De ello se infiere que si se realiza un comportamiento antijurídico para salvaguardar la vida, la integridad corporal o la libertad de una persona con la cual el autor

(26) En el mismo sentido, con referencia a los bienes jurídicos que dan lugar al estado de necesidad exculpante contemplado en el Código Penal alemán, Perron, W., "Kommentar zum § 35 *StGB*". *Op. Cit.*, § 35, Nm. 3.

(27) Al respecto Cfr., Kühl, K., *Strafrecht AT*, § 12, Nm. 26; Pawlik, M., "Una teoría del estado de necesidad exculpante". *Op. Cit.*, p. 22; Perron, W., "Kommentar zum § 35 *StGB*". *Op. Cit.*, § 35, Nm. 4; Revilla Llaza, P., "Estado de necesidad exculpante". *Op. Cit.*, p. 707; Roxin, C., *Strafrecht AT I*, § 22, Nm. 23.

(28) Jescheck, H., *AT. Op. Cit.*, § 44, p. 481.

(29) Ibídem, § 44, p. 480.

del injusto penal no tiene un vinculo estrecho, dicho comportamiento no se encontrará exento de pena.

21 En torno a los límites de la vida, la integridad corporal y la libertad como bienes jurídicos que deben ser amenazados por la situación de peligro existen diversos puntos de vista.

22 Respecto del bien jurídico vida, un sector de la doctrina(30) considera que el inciso 5 del artículo 20 solo se refiere a la vida humana independiente, pero no a la vida humana dependiente o intrauterina. El fundamento de dicha tesis es que solo la vida humana independiente como bien jurídico de más alto valor en la escala jerárquica normativa de bienes jurídico-penales puede fundamentar la exención de responsabilidad penal de una conducta antijurídica que menoscaba un bien jurídico-penal(31). Por el contrario, la realización de un injusto penal para proteger la vida del *nasciturus*, a decir de los defensores de la tesis analizada, solo fundamentaría una responsabilidad penal atenuada, que está prevista en el artículo 21 del Código Penal(32). A mi juicio, el inc. 5 del artículo 20 del Código Penal peruano –en tanto se limita a establecer en forma general que la puesta en peligro de la vida fundamenta la configuración de un estado de necesidad exculpante– extiende su radio de acción tanto a la vida humana independiente como a la vida humana dependiente(33), ya que "vida" en sentido jurídico-penal (así lo establecen la Constitución y la ley) no solo es aquella que tiene lugar fuera del útero materno, sino también la que se desarrolla intrauterinamente. Al respecto, los artículos 1 y 2 de la Constitución Política peruana de 1991 establecen que la vida y la dignidad de toda persona humana (y, por lo tanto, también la vida del *nasciturus*) constituyen el fin supremo de la sociedad y del Estado. De ello se infiere que, por mandato constitucional, la configuración del estado de necesidad exculpante no se limita solo a la puesta en peligro de la vida independiente, sino que se hace extensivo a la vida humana dependiente.

23 La libertad consagrada en el inc. 5 del artículo 20 CP debe ser entendida en sus manifestaciones más existenciales, las cuales, desde la perspectiva aquí defendida, se expresan en la libertad de movimiento y la libertad sexual(34).

(30) Al respecto, Revilla Llaza, P., "Estado de necesidad exculpante". *Op. Cit.*, p. 708 ss.
(31) Ibídem, p. 708.
(32) Ídem.
(33) En el mismo sentido, Jakobs, G., *Strafrecht AT. Op. Cit.*, § 20, Nm. 8; Perron, W., "Kommentar zum § 35 *StGB*". *Op. Cit.*, § 35, Nm. 4; Satzger, H. / Beulke, W., "Der fehlgeschlagene Deal und seine prozessualen Folgen - *BGHSt42*". En: *JuS* 1997, S. 804.
(34) Perron, W., "Kommentar zum § 35 *StGB*". *Op. Cit.*, Nm. 8.

Con ello, solo los injustos penales que se realizan para conjurar el peligro que amenaza la libertad de movimiento (Art. 152 CP) o la libertad sexual (Arts. 170 ss., 176 ss. CP) fundamentan el estado de necesidad exculpante, porque solo dichos supuetos son compatibles con la *ratio essendi*[35] de los demás bienes jurídicos (vida e integridad corporal) que son contemplados como elementos constitutivos del estado de necesidad exculpante. Consiguientemente, los demás injustos penales que son realizados para salvaguardar las demás expresiones de la libertad –v. gr., la libertad de trabajo, la libertad de reunión, la libertad de expresión, etc.– no fundamentan la configuración del estado de necesidad exculpante, en tanto dichas expresiones de la libertad no poseen una entidad de importancia existencial para la persona.

Por su parte, el término "integridad corporal" previsto en el inciso 5 del artículo 20 también debe ser interpretado en forma teleológica. De dicha premisa se derivan dos conclusiones importantes: por un lado, la "integridad corporal" comprende tanto a la integridad física como a la integridad psíquica; de modo que, tanto la amenaza de peligro para la integridad física, como la amenaza para la integridad psíquica fundamentan la configuración del estado de necesidad exculpante. Por otro lado, solo las situaciones de peligro que amenazan el desenlace de lesiones graves o irreparables para la integridad física o mental tienen la capacidad para fundamentar la configuración de un estado de necesidad exculpante[36]. Así, por ejemplo, actuará amparado por dicha eximente y, en consecuencia, quedará exento de responsabilidad penal quien frente a la inminente producción de lesiones mentales (v. gr., torturas psíquicas) o corporales (v. gr., cortes en el cuerpo, contagio de una enfermedad grave, etc.) realiza un injusto penal para superar el peligro. 24

Finalmente, el presente requisito establece que, cuando los bienes salvaguardados pertenecen a personas distintas al autor de la conducta antijurídica, debe existir una relación estrecha entre el autor de la conducta salvadora y el sujeto beneficiado por dicha acción. Al respecto, cabe indicar que la existencia de dicha relación no se encuentra supeditada a elementos formales como el vínculo de parentesco, sino a criterios materiales y teleológicos como la entidad e intensidad de la relación, la cual debe provocar en el autor una sensación psicológica tan intensa como si fuesen propios los bienes jurídicos amenazados por la situación de peligro. Bajo dicha perspectiva, son calificadas como 25

(35) En la literatura alemana *vide* PERRON, W., "Kommentar zum § 35 *StGB*". *Op. Cit.*, Nm. 5; ROXIN, C., *Strafrecht AT I*, § 22, Rn. 24; SATZGER, H. / BEULKE, W., "Der fehlgeschlagene Deal und seine prozessualen Folgen - *BGHSt42*", p. 804.

(36) PAWLIK, M., "Una teoría del estado de necesidad exculpante". *Op. Cit.*, p. 22.

relaciones estrechas fundamentadoras del estado de necesidad exculpante tanto los casos de familiaridad entre parientes (v. gr., entre padres e hijos, entre cónyuges, entre hermanos, etc.) como los supuestos en los que, pese a no existir un vínculo formal de parentesco, existe una intensa relación familiar de índole material que vincula a ambos sujetos (salvador y salvado) en forma recíproca.

1.2. Realización de un comportamiento antijurídico

26 El inciso 5 del artículo 20 del Código Penal peruano establece que es pasible de exención de responsabilidad penal el autor de un "hecho antijurídico".

27 En torno a este requisito, lo primero que se debe determinar es el término "hecho antijurídico" contenido en el mencionado precepto legal. Tal locución idiomática hace referencia a la realización de un comportamiento que contraviene los mensajes normativos de todo el ordenamiento jurídico. Pues bien, la capacidad de quebrantar el ordenamiento jurídico es exclusiva de las conductas que constituyen un injusto penal, es decir, de aquellos comportamientos que, por un lado, cumplen los presupuestos normativos de la tipicidad objetiva y subjetiva y, por otro lado, no se encuentran amparados por causa de justificación alguna, v. gr., estado de necesidad justificante, legítima defensa, cumplimiento de un deber, etc. Ello implica que si el comportamiento es atípico o –siendo típico– está amparado por una causa de justificación, en dichos supuestos la exención de responsabilidad penal no se fundamentará en la concurrencia del estado de necesidad exculpante, sino en una causa de atipicidad y de antijuridicidad, respectivamente.

28 En segundo lugar, se encuentra el término "(...) para alejar el peligro (...)". En vista de que el aspecto subjetivo de este elemento es analizado *infra* (§ IV, 2) en este acápite solo se esclarece la problemática del aspecto objetivo. Pues bien, con dicha expresión lexical el legislador se refiere a la realización de una conducta que ha llegado a consumarse (disipación real y efectiva de la situación de peligro), o por lo menos cumple los presupuestos normativos de la tentativa (realización de un comportamiento antijurídico sin superación del peligro). Dicho de otra manera, que el autor logre rescatar o no a los bienes o intereses amenazados por la situación de peligro no tiene relevancia alguna a efectos de fundamentar el estado de necesidad exculpante. Lo decisivo es, pues, el fin que orienta dicho comportamiento[37]. Por ello, quedan exentos de responsabilidad penal tanto el autor de aquellas conductas antijurídicas que,

(37) PERRON, W., "Kommentar zum § 35 *StGB*". *Op. Cit.*, Nm. 16.

ex post, realmente han superado el peligro existente para el bien jurídico, como el autor de aquellos comportamientos que son realizados con dicho fin, pero no alcanzan el cometido buscado.

1.3. El mal causado no debe ser de mayor entidad que el mal que se busca evitar

29 Como complemento a lo dispuesto *supra* (§ 4.1) el presente requisito exige que el perjuicio causado al titular de los bienes jurídicos afectados no posea una entidad más grave que la del mal que busca evitar el autor con su comportamiento antijurídico. Ahora bien, por "mal menor/mayor" no debe entenderse la importancia intrínseca que ostentan en sí mismos los bienes o intereses jurídicos en conflicto (salvaguardado y lesionado), sino la pluralidad de factores concurrentes[38] en el momento de la realización del comportamiento antijurídico. En dicho contexto, el valor y la naturaleza de los bienes jurídicos solo constituyen un elemento fundamental del contenido del "mal", pero no el único. Por eso, para determinar si el comportamiento antijurídico se adecúa o no a las exigencias del presente requisito, junto a la importancia de los bienes jurídicos, deben valorarse el grado de peligro que se trata de evitar con la conducta salvadora, el desvalor del comportamiento antijurídico, la situación de la que deriva la amenaza del mal, etc[39].

30 Bajo dicha perspectiva, si bien, por antonomasia, los supuestos que darán lugar a un estado de necesidad exculpante son aquellos en los que el bien jurídico salvaguardado (v. gr., vida) es de igual o mayor valor que el interés sacrificado (v. gr., vida y libertad, respectivamente), no es menos cierto que también se configurará el estado de necesidad exculpante cuando el autor de un comportamiento antijurídico lesiona un bien jurídico de mayor valor que el salvaguardado[40]. Así, por ejemplo, estaría –siempre que la valoración de las demás variables concurrentes durante la realización del injusto penal conviertan al comportamiento antijurídico en menos gravoso– exento de responsabilidad penal por haber actuado bajo el amparo del estado de necesidad exculpante quien, ante un peligro real e inminente para su integridad corporal (mutilación de un órgano o desfiguración) que es insuperable de otro modo, mata a otra persona para superar el peligro que lo amenaza.

(38) Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español* II. *Op. Cit.*, p. 276; Silva Sánchez, J., "Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* T. 35, p. 664.

(39) Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español* II. *Op. Cit.*, p. 276.

(40) Ibídem, p. 277.

1.4. Inexistencia de una obligación jurídica de soportar el peligro

31 El segundo párrafo del inciso 5 del artículo 20 del Código Penal exige que el sujeto activo del comportamiento antijurídico no esté obligado a soportar la situación de peligro en virtud de la competencia de una obligación jurídica especial.

32 A mi juicio, el fundamento de este requisito radica en la existencia de un deber jurídico que el sistema jurídico adscribe a cada persona en función del estatus normativo que esta ocupa dentro del sistema social. En virtud de dicho deber, el sujeto activo de la conducta antijurídica salvadora está obligado a no realizar injustos penales para proteger los bienes o intereses jurídicos que son amenazados por la situación de peligro. Dicho de otra manera, la persona que se encuentra sujeta a un deber jurídico no está autorizada –al menos no en principio– para realizar conductas jurídico-penalmente prohibidas orientadas a superar la situación de peligro. Por el contrario, quien se encuentra inmerso en dicha situación jurídica está obligado –al menos de forma general– a soportar las consecuencias lesivas que emanan de la situación de peligro.

33 Ahora bien, dicho deber jurídico puede emanar del mero estatus de ciudadano o de un estatus especial que ocupa una persona en virtud de una disposición legal, contractual, etc.

34 En el primer caso, estamos frente a lo que en la dogmática penal se conoce como deber de "solidaridad intersubjetiva" o deber general de tolerancia (*Duldungspflicht*[41]), deber de "injerencia" (*Ingerenzpflicht*[42]) o deber de "asunción" (*Übernahmepflicht*[43]). La primera clase de deberes compete a toda persona por el solo hecho de vivir en comunidad y obliga a los ciudadanos a soportar tanto las situaciones peligrosas como las lesiones de leve entidad provenientes de los procesos comunicativos cotidianos que tienen lugar en el contexto social. A criterio del legislador, es imprescindible que los ciudadanos toleren los riesgos y lesiones leves en pro del buen funcionamiento del sistema social. Por ello, el legislador ha optado por criminalizar (antes que exculpar) aquellos comportamientos antijurídicos que son realizados a efectos de superar una situación de peligro insignificante[44]. La segunda clase de deberes emana de una actua-

(41) Rengier, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Op. Cit., § 26, Nm. 23.
(42) Cfr. Wagner, E., "Vorgaben für Kostentragungsregelungen im Umweltverfahren". En: *RdU* 2014, p. 129.
(43) Rengier, R., *Strafrecht Allgemeiner Teil. Op. Cit.*, § 26, Nm. 23.
(44) Pawlik, M., "Una teoría del estado de necesidad exculpante". *Op. Cit.*, p. 20 s.

ción negativa previa (usurpación arbitraria de ámbitos de libertad ajenos)[45], lo cual, en el ámbito del estado de necesidad exculpante, obliga al portador de dicho deber a soportar la situación de peligro como medio para revocar la irrogación arbitraria precedente. Por su parte, los deberes de asunción están vinculados a la aceptación voluntaria[46] del autor y, como tales, también obligan a este a soportar la situación peligrosa o lesiva de escasa gravedad que cobija el cumplimiento de dicho deber; ello en virtud de que, en una comunidad jurídica de hombres libres, quien, mediante el ejercicio de su libertad, asume ser portador de deberes está obligado a cumplirlos, aunque ello implique el menoscabo no significativo de sus propios intereses.

En el segundo caso se trata de deberes jurídicos especiales, por ejemplo, 35
los deberes legales (v. gr., los deberes que competen a los miembros de la Policía Nacional y a las Fuerzas Armadas, a los bomberos, a los médicos y personal de salud, a los funcionarios, etc.)[47], los deberes contractuales (v. gr., los deberes profesionales), etc. En estos y otros supuestos donde existen deberes especiales, los portadores de dichas competencias especiales están obligados a soportar el menoscabo de sus intereses no solo a efectos de superar la situación excepcional de peligro que amenaza a sus propios bienes jurídicos o a los de un tercero con quien tienen una estrecha relación, sino también para cumplir correctamente sus deberes en ausencia de dicha situación. Ese es el caso de los miembros de la Policía Nacional y de las Fuerzas Armadas, quienes están obligados a proteger a la República peruana y a los ciudadanos que viven en ella frente a peligros endógenos y exógenos. En la existencia de dichos deberes especiales radica la razón por la cual los policías y militares se enfrentan a delincuentes comunes y terroristas, muchas veces poniendo en riesgo sus bienes jurídicos más valiosos como su libertad y su vida. Lo mismo ocurre con los padres de familia, tutores, curadores y, en general, con todos aquellos ciudadanos que son competentes de deberes especiales.

Por lo demás, el quebrantamiento de este requisito conduce bien a la 36
exclusión de la eximente del estado de necesidad exculpante, bien a una aplicación atenuada de la pena (Art. 21 CP).

(45) Jakobs, G., "Teoría y praxis de la injerencia". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* T. 52, p. 19.
(46) Pawlik, M., *Das Unrecht des Bürgers*, p. 185 (nota 199); Silva Sánchez, J., *El delito de omisión*, p. 464 ss.
(47) Rengier, R., *Strafrecht Allgemeiner Teil. Op. Cit.*, § 26, Nm. 23.

1.5. El autor no debe haber causado la situación de peligro

37 Conforme a este requisito, quien crea dolosamente una situación de peligro no es beneficiado por la exención de responsabilidad penal del estado de necesidad exculpante[48]. En la dogmática y jurisprudencia penales se han desarrollado diversos puntos de vista sobre la problemática de este requisito. Entre dichos planteamientos destacan la teoría de la causación consciente, la teoría de la causación dolosa y la teoría de la *actio libera in causa*.

38 Para la primera teoría, no cumplen este requisito todas aquellas situaciones de peligro creadas por un comportamiento humano, el cual es realizado con dolo (directo, indirecto y eventual), imprudencia (consciente e inconsciente) e incluso solo con simple consciencia. Conforme a ello, es suficiente que un ser humano cause una situación de peligro con mera consciencia o voluntad (natural[49]) a efectos de que se considere infringido el presente requisito y, consiguientemente, se niegue la existencia de un estado de necesidad exculpante. En tal sentido, solo la causación de una situación de peligro en estado de inconsciencia (en estado de sonambulismo, hipnosis, etc.) cumplirían lo dispuesto por el requisito analizado[50]. La segunda teoría, por su parte, sostiene que el inciso 5 del artículo 20 del Código Penal peruano no se refiere a todas las situaciones de peligro creadas por el comportamiento humano, sino solo a las situaciones de peligro causadas dolosamente. Ello significa que, únicamente las causaciones dolosas de peligro infringen este requisito y, como tales, no están exentas de sanción penal. *A contrario sensu*, los otros comportamientos (v. gr., la actuación imprudente) que causan una situación de peligro no quebrantan la exigencia legal establecida en el requisito sub exámine y, por lo tanto, sí fundamentan la configuración del estado de necesidad exculpante. Finalmente, la tesis de la *actio libera in causa* postula que contravienen lo establecido en el presente presupuesto –y, en consecuencia, no dan lugar a la configuración del estado de necesidad exculpante– todas aquellas situaciones de peligro que son creadas en forma dolosa o imprudente.

(48) Baumann, J. / Weber, U. / Mitsch, W., *Strafrecht AT*, § 23, Nm. 7; Hruschka, J., *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, p. 287 ss.; Kindhäuser, U., *Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar*, § 35, Nm. 11; Kühl, K., *Strafrecht AT*, § 12, Nm. 63 ss.; Roxin, C., *Strafrecht AT I. Op. Cit.*, § 22, Nm. 46.

(49) Al respecto, entre otros, Antón Oneca, J., *Derecho penal, Parte general*, p. 268; Cobo del Rosal, M. / Vives Antón, T., *Derecho penal, Parte general*, p. 483; Córdoba Roda, J., *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, p. 202.

(50) Silva Sánchez, J., "Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español". *Op. Cit.*, p. 673.

Desde mi perspectiva, este requisito exige que la situación de peligro 39
no sea creada tanto por un comportamiento doloso como por una conducta imprudente. Ello se debe a que quien causa una situación de peligro mediante el uso responsable de su libertad no puede ampararse en el estado de necesidad exculpante para conjurar tal situación de peligro(51), pues en una comunidad jurídica de libertades iguales no está permitido el ejercicio autónomo de un ámbito de organización sin una correspondiente asunción de la responsabilidad por las consecuencias que derivan de tal competencia organizativa(52). Consecuentemente, la creación dolosa o imprudente de la situación de peligro no solo excluye la configuración del estado de necesidad exculpante, sino también fundamenta la sanción penal de quien ha creado dicha situación a título de autor de un injusto penal doloso e imprudente, respectivamente. V. gr., "J" quiere matar justificadamente al perro de su vecino. Para lograr su cometido, "J" incita al perro para que este reaccione de forma agresiva. Cuando el perro ataca a "J", este lo mata. En dicho supuesto "J" será sancionado por el delito doloso de daños (Art. 200 CP). Por su parte, la imputación de un delito imprudente a quien crea la situación de peligro como consecuencia de la infracción del deber objetivo de cuidado se observa en el siguiente ejemplo: un automovilista conduce su vehículo por el carril contrario; en ese momento observa que, a una distancia de 10 metros, un motociclista (su hermano) se dirige hacia él. Con la finalidad de evitar una inminente lesión de la salud o la vida de dicho motociclista, el automovilista gira hacia el lado derecho y lesiona a un transeúnte que se encontraba caminando por la vereda aledaña. En dicho supuesto, el automovilista será sancionado bien como autor de un delito de lesiones imprudentes (Arts. 127 ss. CP), bien con una pena disminuida en virtud de la aplicación de la eximente incompleta prevista en el artículo 21.

Por lo demás, respecto al sujeto de la provocación, cabe indicar que se 40
acepta, sin mayor polémica, la tesis de que solo se considera infringido dicho requisito cuando quien crea la situación de peligro es el sujeto activo (autor) del injusto penal, mas no el sujeto beneficiado por el comportamiento antijurídico.

2. Elementos subjetivos

El inciso 5 del artículo 20 del Código Penal peruano establece que 41
para que se configure el estado de necesidad exculpante es necesario que el

(51) Hruschka, J., *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Op. Cit.*, p. 287 ss.; Jakobs, G., *Strafrecht AT. Op. Cit.*, 20/16; Kindhäuser, U., *Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar*, § 35, Nm. 11; Roxin, C., *Strafrecht AT I*, § 22, Nm. 46; Kühl, K., *Strafrecht AT. Op. Cit.*, § 12, Nm. 63 ss.

(52) Similar Pawlik, M., "Una teoría del estado de necesidad exculpante". *Op. Cit.*, p. 20.

comportamiento sea determinado por un elemento subjetivo especial, el cual no es otro que la evitación de un mal propio o ajeno. De ello se infiere que el aspecto subjetivo del estado de necesidad exculpante contiene tanto componentes cognitivos como elementos volitivos.

42 En el plano cognitivo, el autor de la conducta antijurídica debe conocer la concurrencia de los elementos objetivos que constituyen el presupuesto del estado de necesidad exculpante, ya que –en tanto no se puede desear lo que no se conoce– sin el conocimiento de tales componentes el autor no puede orientar su comportamiento hacia el salvamento. Entre dichos elementos intelectivos se encuentran: a) el conocimiento de la existencia de la situación actual de peligro, b) el conocimiento de la existencia de una relación estrecha con un tercero en los casos en que el autor del comportamiento antijurídico no es el titular de los bienes o intereses jurídicos salvaguardados, c) el conocimiento de la situación excepcional que pone en peligro la vida, la integridad física o libertad, d) el conocimiento de que la situación de peligro solo puede ser evitada menoscabando bienes jurídicos de terceros, etc.

43 Por su parte, el ámbito volitivo informa que el mero conocimiento de los elementos objetivos no satisface los requerimientos del elemento subjetivo del estado de necesidad exculpante(53), pues es necesario que el autor oriente su comportamiento a evitar la situación de peligro(54) que amenaza a los bienes o intereses jurídicos propios o ajenos. En consecuencia, si falta el ánimo de evitar el mal, el autor será sancionado por un delito consumado o tentado porque habrá realizado un injusto penal culpable(55). Ahora bien, junto a dicha finalidad pueden converger otros motivos subjetivos adicionales(56) no necesariamente altruistas. Así, por ejemplo, puede ocurrir que el autor salvaguarde los bienes o intereses jurídicos de un tercero en un contexto subjetivo donde concurren no solo el deseo de evitar el mal, sino también el ánimo de aparecer como un héroe o adquirir reconocimiento social. Pese a ello, tal supuesto también quedará exento de responsabilidad penal.

(53) Rengier, R., *Strafrecht Allgemeiner Teil. Op. Cit.*, § 26, Nm. 11; Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español* II. *Op. Cit.*, p. 275; Perron, W., "Kommentar zum § 35 *StGB*". *Op. Cit.*, § 35, Nm. 16.

(54) Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español* II. *Op. Cit.*, p. 275; Perron, W., "Kommentar zum § 35 *StGB*". *Op. Cit.*, § 35, Nm. 16.

(55) Rengier, R., *Strafrecht Allgemeiner Teil. Op. Cit.*, § 26, Nm. 11.

(56) Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español* II. *Op. Cit.*, p. 275; Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 463; Sainz Cantero, J., *Lecciones de Derecho penal. Parte general II*, p. 359.

V. Otras cuestiones del estado de necesidad exculpante

Junto a lo expuesto precedentemente, existen algunas cuestiones de suma importancia en torno al estado de necesidad exculpante. Como primer tópico aparece el error sobre sus presupuestos objetivos. Sobre dicha problemática, el inciso 5 del artículo 20 del Código Penal peruano –a diferencia del § 35 II del StGB alemán– no regula la situación del error sobre los elementos constitutivos del estado de necesidad exculpante. Por ello, cabe preguntarse si, ante la falta de una regulación específica, es posible aplicar lo dispuesto por el artículo 14 del Código Penal en torno al error de tipo y al error de prohibición. 44

El artículo 14 no puede aplicarse porque dicho precepto legal no establece la exención de responsabilidad penal para los casos en que el autor desconoce los elementos configuradores de la culpabilidad, sino solo en los supuestos en que el autor desconoce los elementos del injusto penal, es decir, los elementos pertenecientes al tipo penal y a la antijuridicidad. Así, el artículo 14 (primer párrafo) se aplica cuando el autor incurre en un error de tipo invencible, por lo que la exención de responsabilidad penal se fundamenta en la concurrencia de una causa de atipicidad. El artículo 14 (segundo párrafo), por su parte, se aplica cuando el autor realiza una conducta típica creyendo erróneamente que esta se encontraba permitida, por lo que la exclusión de responsabilidad penal se basa en la concurrencia de una causa de justificación. En cambio, quien incurre en un error sobre los elementos objetivos del estado de necesidad exculpante actúa típica y antijurídicamente, pues el fundamento material de dicho error radica en la errónea representación mental de algo que no existe en la realidad. Por ello, no puede aplicarse ni el artículo 14 (que regula el error de tipo y error de prohibición), ni el artículo 15 (que contempla el error de prohibición culturalmente condicionado). 45

De la misma manera que el error de tipo y el error de prohibición, el error sobre los presupuestos del estado de necesidad exculpante también puede ser invencible o vencible. La presencia de un error invencible respecto de cualquier elemento constitutivo del estado de necesidad exculpante fundamenta la exención de responsabilidad penal del autor en virtud de la inexigibilidad de otra conducta. Por su parte, el error vencible conduce a atenuar la responsabilidad penal conforme al artículo 21, ya que dicho error posee la misma naturaleza de los supuestos que están contemplados en el artículo 21. 46

Por lo demás, el error puede estar vinculado a la existencia del peligro (v. gr., imaginación de un peligro inexistente en la realidad), a la actualidad del peligro (errónea representación como peligro actual de una situación 47

aún no presente), a la evitabilidad del peligro (creencia errónea que el peligro no puede ser superado de otro modo), a la calidad de la persona con las que tiene estrecha vinculación (creencia errónea de que existe un vínculo especial), a la existencia de un deber de soportar el peligro (desconocimiento de dicho deber), etc.

VI. Bibliografía

48 Antón Oneca, José, *Derecho penal, Parte general.* 2ª edición. Akal, Madrid, 1986; Baumann, Jürgen / Weber, Ulrich / Mitsch, Wolfgang, *Strafrecht AT.* 10ª edición. Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 1995; Cerezo Mir, José, *Curso de Derecho penal español* II. 2ª edición. 4ª reimpresión. Tecnos, Madrid, 2002; Cobo del Rosal, Manuel / Vives Antón, Tomás, *Derecho penal, Parte general.* 5ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; Córdoba Roda, Juan, *Las eximentes incompletas en el Código Penal.* Instituto de Estudios Jurídicos, Oviedo, 1966; Cuello Calón-Camargo, Eugenio, *Derecho penal. Parte general.* Tomo I. Bosch, Barcelona, 1941; Fichte, Johann, *Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre.* Felix Meiner Verlag, Hamburg, 1979; Hirsch, Hans Joachim, "Peligro y peligrosidad". En: *Obras completas.* Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999; Hruschka, Joachim, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode.* 2ª edición. De Gruyter, Berlín, 1988; Jakobs, Günther, *Schuld und Prävention.* Mohr, Tübingen, 1976; Jakobs, Günther, *Strafrecht AT,* 2ª edición, 1991; Jakobs, Günther, "Teoría y praxis de la injerencia". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* T. 52, Fasc./Mes 1-3, 1999; Jescheck, Hans-Heinrich / Weigend, Thomas, *AT,* 5ª edición, 1996; Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho penal.* Tomo IV. Losada, Buenos Aires, 1952; Kant, Immanuel, *Die Metaphysik der Sitten.* Friedrich Nicolovius, Königsberg, 1797; Kindhäuser, Urs, *Gefährdung als Straftat.* Vittorio Klosterman, Frankfurt am Main, 1989; Kindhäuser, Urs, *Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar.* Nomos, Baden-Baden, 2002; Kühl, Kristian. *Strafrecht AT.* 4ª edición. 2002; Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general.* 5º edición. Reppertor, Barcelona, 2002; Müssig, Bernd, "§ 35". En: Joecks, Wolfgang / Miebach, Klaus (editores). *Münchener Kommentar zum StGB.* München, 2003; Müssig, Bernd, *Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar.* Nomos, Tübingen, 2002; Pawlik, Michael, *Das Unrecht des Bürgers.* Mohr Siebeck, Tübingen, 2012; Pawlik, Michael, *Der rechtfertigende Notstand.* Walter de Gruyter, Berlín-New York, 2002; Pawlik, Michael, "Una teoría del estado de necesidad exculpante". En: *InDret* Nº 4, 2015; Perron, Walter, "Kommentar zum § 34 *StGB*". En: Schönke, Adolf / Schröder, Horst, *Strafgesetzbuch.* 29ª edición. München, 2014; Pufendorf, Samuel, Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur. Tomo I. Insel Verlag, Frankfurt/Main u. Leipzig, 1994; Quintano Ripollés, Antonio, *Curso de Derecho penal,* Tomo I. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963; Rengier, Rudolf, *Strafrecht Allgemeiner*

Teil. 4ª edición. Beck, München, 2012; Revilla Llaza, Percy, "Estado de necesidad exculpante". En: *Código Penal comentado.* Tomo I. Gaceta Jurídica, Lima, 2004; Roxin, Claus, "Der entschuldigende Notstand nach § 35 *StGB*". En: *JA*, 1990; Claus, "'Schuld' und 'Verantwortlichkeit' als strafrechtliche Systemkategorien". En: Roxin, Claus (Herausgeber), *FS-Henkel*, 1974; Roxin, Claus, *Strafrecht AT I*, 3ª edición. 1997; Roxin, Roxin, Claus, "Zur Problematik des Schuldstrafrechts". En: *ZStW* 96, 1984; Sainz Cantero, José, *Lecciones de Derecho penal. Parte general II.* Bosch, Barcelona, 1982; Satzger, Helmut / Beulke, Werner, "Der fehlgeschlagene Deal und seine prozessualen Folgen - *BGHSt42*". En: *JuS* 1997; Schünemann, Bernd, "Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Lichte des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars". En: *GA*, 1985; Silva Sánchez, Jesús-María, *El delito de omisión.* 2ª edición. B de f, Montevideo, 2010; Silva Sánchez, Jesús-María, "Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* T. 35, Fasc./Mes 3, 1982; Streng, Franz, "Schuld, Vergeltung, Generalprävention". En: *ZStW* 92, 1980; Wagner, Erika, "Vorgaben für Kostentragungsregelungen im Umweltverfahren". En: *RdU* 2014.

§ 20.6
Fuerza física irresistible

DAVID ROSALES ARTICA
Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú)

Sumario

	Nm	P
I. Aspectos generales	1	161
II. Los conceptos de acción	6	163
1. Los planteamientos ontológicos	6	163
1.1. El concepto causal de acción	6	163
1.2. El concepto finalista de acción	18	167
2. Los planteamientos normativos	25	169
2.1. El concepto de acción de los penalistas hegelianos alemanes	25	169
2.2. El concepto social de acción	28	170
2.3. El concepto negativo de acción	33	172
2.4. El concepto personal de acción	36	173
2.5. La acción como teoría global del hecho delictivo	45	175
III. Posición personal	51	177
IV. La fuerza física irresistible	60	181
1. Definición, contenido y características de la fuerza física irresistible	60	181
1.1. El aspecto cuantitativo de la fuerza	64	182
1.2. El aspecto cualitativo de la fuerza	65	182
2. Crítica a la regulación de la fuerza física irresistible en el Derecho positivo	67	183
V. Bibliografía	74	184

§ 20.6.- Exención de responsabilidad penal por fuerza física irresistible

"Está exento de responsabilidad penal:

(...)

6. El que obra por una fuerza física irresistible proveniente de un tercero o de la naturaleza;

(...)".

I. Aspectos generales

El Derecho penal es un instrumento del control social formal que cumple el Estado. En tanto medio de control que pertenece al orden jurídico, ha de ser altamente formalizado, y por esta misma razón, ha de ser ejercido de acuerdo a normas escritas. En efecto, desde un punto de vista estático, el Derecho penal se presenta como un conjunto ordenado de normas, constituyéndose, por un lado, en expresión de la voluntad del legislador penal, y, por otro, en vía de información y aviso al ciudadano acerca de las conductas que en un contexto concreto se desvaloran jurídico-penalmente. En este sentido, 1

las normas penales se dirigen a los ciudadanos para prohibirles (normas prohibitivas: no matar, no lesionar, no robar, etc.) o exigirles (normas de mandato: prestación de alimentos a favor de los hijos menores, prestar auxilio, dar aviso a la autoridad, etc.) la realización de algún comportamiento.

2 Desde una óptica de corte funcionalista (sobre la cual gira el presente estudio), la norma penal obliga al ciudadano a que, en cumplimiento de su deber general negativo (*neminem laede*), se organice sin irrogarse ámbito de organización ajeno alguno. Ello, porque el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho se caracteriza por desvalorar principalmente comportamientos y no resultados; así como por rechazar constantemente todo intento por introducir un Derecho penal de autor, de la voluntad, del ánimo o del pensamiento (*cogitationis poenam nemo patitur*).

3 Ahora bien, como la norma penal tiene la pretensión de regular conductas humanas, el estudio dogmático de estas aparece como necesario, pues la respuesta a la interrogante sobre cuándo un sujeto actúa, tiene trascendencia para determinar los ámbitos en los cuales es posible la intervención penal del Estado. El tratamiento doctrinal de la acción es útil no solo a efectos de determinar su definición (v. gr., en el campo del Derecho positivo, el Código Penal (en adelante CP) peruano no ofrece un concepto sobre la acción o la omisión, solo establece cuáles de ellas constituyen delitos[1]), sino también para dar respuesta a preguntas como: ¿realizan acciones las personas jurídicas?, ¿por qué no son acciones los procesos que surgen de animales o cosas?, ¿constituye acción o no el movimiento de un niño de tres meses?[2]

4 En el marco de la teoría del delito, entendida esta como sistema categorial clasificatorio y secuencial, en el que, peldaño a peldaño, se van elaborando los diferentes elementos esenciales comunes a todas las formas de aparición del delito[3]; es frecuente que la conducta humana sea concebida como un presupuesto esencial en la realización de un hecho delictivo[4]. Ello obedece a que, en el proceso de comprobación de si se ha realizado o no un delito, lógicamente lo primero que ha de efectuarse es un acto del hombre, para luego comprobar si es típico, antijurídico y culpable[5]. En tal sentido, un gran sector de la doctrina y la jurisprudencia refiere que no puede desconocerse que

(1) Así, en el artículo 11 de nuestro CP se declara que: "Son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley".
(2) Cfr. Silva Sánchez, J., *Normas y acciones en Derecho penal*, p. 46.
(3) Cfr. Muñoz Conde, F. / García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, pp. 202-203.
(4) Cfr. Maurach, R., *Derecho penal. Parte general I*, p. 228 párr. 12.
(5) Quintero Olivares, G., *Manual de Derecho penal. Parte general*, p. 253.

la presencia de la acción es indispensable para el análisis de los demás requisitos del delito, siendo que su ausencia implica dejar de examinar cualquiera de los otros elementos, máxime si solamente es válido un Derecho penal del hecho[6]. En este sentido, ANTÓN ONECA ha manifestado que el concepto de acción es central en la teoría del delito, pues "el hombre no delinque en cuanto es, sino en cuanto obra"[7].

El tratamiento durante varias décadas del concepto de acción en la dogmática 5
jurídico-penal se ha visto reflejado en las diferentes construcciones sobre la teoría del delito, especialmente desde la concepción causalista de v. LISZT y BELING. En la actualidad, es posible distinguir dos modelos de interpretación entre los planteamientos teóricos esbozados sobre la configuración jurídico-penal de la acción: el primer modelo considera a la acción en su esencia material o real, y la toma como base sobre la cual se erigen los predicados que convierten al hecho en delito (formulaciones ontológicas); mientras que el segundo se caracteriza por exigir en la definición misma de acción una referencia a los conceptos jurídico-penales, lo cual significa definirla en sentido jurídico-penal (planteamientos normativos)[8]. En síntesis, el criterio de distinción entre ambas perspectivas radica en si se defiende que las acciones (y las no acciones) son conceptos previos al Derecho penal o, en sentido contrario, si es el propio sistema penal el que las construye o define[9]. A continuación vamos a realizar un breve repaso por las formulaciones agrupadas al interior de cada variante mencionada (*infra* II), para posteriormente presentar una valoración personal respecto al concepto de acción (*infra* III). Una vez que hayamos enmarcado adecuadamente a la acción dentro del Derecho penal, nos ocuparemos descriptiva y críticamente de la fuerza física irresistible (*infra* IV), presentanda frecuentemente a nivel legislativo y doctrinal como supuesto de ausencia de acción.

II. Los conceptos de acción

1. Los planteamientos ontológicos

1.1. El concepto causal de acción

La concepción clásica del delito (fines del s. XIX e inicios del XX) implicó 6
el empleo del método científico-naturalista al campo jurídico-penal, respaldado

(6) Cfr. LUZÓN PEÑA, D., *Curso de Derecho penal. Parte general I*, p. 247.
(7) ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*, p. 182.
(8) Cfr. GARCÍA CAVERO, P., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, p. 277.
(9) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J., *Normas y acciones en Derecho penal. Op. Cit.*, p. 48.

por el auge del positivismo científico a causa del espectacular progreso de las ciencias naturales en el siglo XIX (positivismo naturalista). De acuerdo con dicha orientación, se planteaba que así como todo acontecimiento natural es el resultado de una cadena causal, también lo es el delito[10]; y que solo era necesario el desarrollo de un análisis empírico-descriptivo del hecho criminal, a través de una distinción entre lo objetivo (externo) y lo subjetivo (interno).

7 Para este sistema, cuyas bases fueron instituidas por FRANZ VON LISZT y ERNST VON BELING, el delito es ante todo acción, la cual era concebida de forma *causal* como movimiento corporal generador de una transformación física del mundo exterior (concepto ontológico, naturalista y causal). Tal movimiento era definido por v. LISZT, como "la tensión (contracción) de los músculos dispuesta por la mente, y que tiene lugar por la inervación de los nervios motores"[11]. En este marco, los otros elementos integrantes del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) son solo meros predicados de la acción. Asimismo, para la teoría causal, el resultado típico es parte integrante de la acción, y, por lo tanto, a esta solo pertenece aquello que, desde una perspectiva científico-natural, provoque tal resultado. Por tal motivo, la acción es, según la definió v. LISZT, producción de una modificación en el mundo exterior, reconducible a una voluntad humana. Al respecto, es ilustrativa la definición de la injuria como "provocación de vibraciones en el aire y de procesos fisiológicos en el sistema nervioso del agredido"[12].

8 Sin embargo, esta concepción no era válida para el tratamiento de la omisión, aquella de la cual se predica que "no causa nada"[13]. Ante esta falencia, v. LISZT respondió con una nueva formulación, en la cual la acción es causación o no evitación de una modificación en el mundo exterior a través de una conducta voluntaria. De esta manera, la "voluntariedad" sería el supraconcepto que agruparía tanto a la acción como a la omisión[14].

9 No obstante ello, no se debe olvidar que en el concepto clásico del delito se destaca solo el aspecto objetivo de la causación de resultados externos, y por lo tanto, aunque se reconoce su origen en la voluntad a esta no se le presta mayor atención, siendo su contenido indiferente. Por ejemplo, cuando alguien falsifica un documento público y lo ingresa al tráfico jurídico obteniendo los

(10) MAURACH, R., *Derecho penal. Parte general I. Op. Cit.*, p. 253 párr. 33.
(11) Citado por JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, p. 160 párr. 6.
(12) LUZÓN PEÑA, D., *Curso de Derecho penal. Parte general I. Op. Cit.*, pp. 250-251.
(13) ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general.* Tomo I, §8, p. 237.
(14) Ídem.

beneficios esperados, únicamente se ha de comprobar, desde el punto de vista de la acción causal, que el comportamiento estaba impulsado por la voluntad del sujeto y que se ha causado un resultado (lesión del bien jurídico).

En el sistema clásico, la indagación por la dirección de la voluntad respecto del resultado se hará recién al momento de analizar la culpabilidad del sujeto. Por tal motivo, en la propuesta metodológica del causalismo es la acción la que se erige como una categoría autónoma del delito, caracterizándose por establecer la base empírica del hecho delictivo[15]. 10

A la definición causal de la acción se le ha criticado que se haya limitado al movimiento corporal activo, olvidando los casos de pasividad. Este concepto no era útil en los delitos de mera actividad, donde se castiga la acción en sí misma y no como causa de resultados[16]. Asimismo, en la omisión era necesaria una definición especial para aquella o negar la existencia de acción en los delitos de omisión o formular un supraconcepto que englobe acción y omisión. También se le ha reprochado, que entender la acción como "impulso de la voluntad que genera un movimiento corporal que supone la causación de una modificación perceptible del mundo externo"[17], implicaba una definición excesivamente naturalista-mecanicista. 11

En la perspectiva de JAKOBS, este planteamiento fracasa también en la tentativa y, además, como criterio limitador de la responsabilidad penal, pues "equipara el acto voluntario del fabricante de navajas al del navajero y el acto voluntario del estafador al del cartero que entrega, sin sospechar nada, la carta con la que se estafa"[18]. 12

Además, quienes rechazan el concepto causal de acción señalan que no se puede reconducir las distintas manifestaciones de un delito a una misma base empírica, sin que este procedimiento sea calificado de cuestionable. Esta pretensión fue tempranamente cuestionada especialmente por RADBRUCH, pues dos conceptos empíricamente antagónicos como la acción y la omisión (a y no a) no podían tener un elemento común en el plano fáctico[19]. 13

(15) Cfr. GARCÍA CAVERO, P., *Lecciones de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 278.
(16) ROMERO SINVET, C., "Causas de exclusión de la acción". En: *Cuadernos de Política Criminal* Nº 46, p. 152.
(17) LUZÓN PEÑA, D. *Curso de Derecho penal. Parte general I. Op. Cit.*, p. 250.
(18) JAKOBS, G., "El concepto jurídico-penal de acción". En: *Estudios de Derecho penal*, p. 108; En el mismo sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "Acción, norma y libertad de acción en un nuevo sistema penal". En: *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo I, p. 1244.
(19) GARCÍA CAVERO, P., *Lecciones de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 279; JAÉN VALLEJO, M., *El concepto de acción en la dogmática penal*, p. 23.

14 Efectivamente, el planteamiento naturalista que pretendió que la acción se constituya como categoría autónoma previa al Derecho penal y que abarque todas las manifestaciones delictivas, no pudo explicar conjuntamente la acción y la omisión en el plano empírico, lo cual motivó que RADBRUCH sostuviese la inexistencia de un concepto jurídico-penal de acción previo al Derecho penal, y propusiera sistematizar el delito a partir del tipo penal. De esta manera, el primer elemento de la teoría del delito sería la acción típica(20).

15 Desde nuestra perspectiva, no le faltaba razón a RADBRUCH, pues a efectos prácticos carece de utilidad comenzar el análisis para saber si un hecho puede ser calificado como delito, preguntándose (aisladamente) si concurre o no un comportamiento humano. En efecto, comoquiera que del concepto de acción no se pueden obtener consecuencias prácticas, con frecuencia se considera como innecesario el desarrollo de esfuerzos dogmáticos alrededor del mismo.

16 Si bien es cierto que posteriormente al planteamiento de la "acción típica", el finalismo tuvo la intención de colocar nuevamente a la acción en el centro de la teoría del delito, en la actualidad, como se verá *infra*, pareciera que se han terminado por imponer todas aquellas formulaciones que guardan relación con lo planteado por RADBRUCH(21), esto es, "que la acción no puede ser entendida sin su relevancia típica"(22).

17 Finalmente hay que señalar que la concepción de la acción mantenida por la escuela clásica no varía sustancialmente con el cambio de propuesta metodológica ocurrida por el influjo neokantista (introducción de la idea del valor en la metodología jurídico-penal) de STAMMLER, RICKERT y LASK (representantes de la Escuela sudoccidental alemana), pues también en este planteamiento se mantiene la visión causal de la acción. Tanto en la formulación causalista como en la neokantiana, el elemento esencial de la voluntad se halla fundamentalmente en la causación de un resultado procedente de aquella, sin que tenga relevancia la determinación del contenido de tal elemento volitivo. Como señala JAÉN VALLEJO, "el matiz diferenciador es insignificante, pues, por un lado se habla de movimiento corporal que proviene de la voluntad, y, por otro,

(20) Cfr. MAURACH, R. *Derecho penal. Parte general I. Op. Cit.*, p. 243 párr. 8; MEZGER, E., *Derecho penal. Parte general.* Tomo I, pp. 86-87; CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general II. Teoría jurídica del delito*, p. 31; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal. Parte general*, p. 257; QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 261. En la doctrina peruana adopta el planteamiento de la acción típica, por ejemplo, PEÑA CABRERA, R., *Tratado de Derecho penal*, pp. 290-291.

(21) Cfr. DE LA CUESTA AGUADO, P., *Tipicidad e imputación objetiva*, p. 106.

(22) Cfr. GARCÍA CAVERO, P., *Lecciones de Derecho penal. Op. Cit.*, pp. 284-285.

de comportamiento humano voluntario, pero sin entrar en ningún caso en el contenido de la voluntad"[23]. En efecto, la modificación en el entendimiento de la acción con el sistema neocausal está relacionada con un alejamiento de una perspectiva exclusivamente objetiva, y un creciente interés en la presencia de la "voluntad" natural del autor de hacer o no hacer. Por ejemplo, MEZGER, acusando la influencia de la filosofía neokantiana de la escuela sudoccidental alemana en la ciencia del Derecho penal alemán, sostuvo que el concepto causal de la acción no es uno puramente natural, pues lleva implícito un elemento valorativo, al exigir que el hacer o dejar de hacer sean voluntarios[24]. Según su perspectiva, el hacer y el omitir son conceptos referidos a un valor, por lo que es posible un concepto superior que llama acción en sentido amplio[25].

1.2. El concepto finalista de acción

Para WELZEL, la acción no era un simple proceso causal, sino que implicaba la expresión de un ser humano orientada a la consecución de determinados objetivos propuestos (dirección humana encaminada hacia un fin), siendo ello la razón para que en el planteamiento finalista se considere a la acción como núcleo básico de la teoría del delito. En efecto, para WELZEL la acción humana es "ejercicio de actividad final"[26], en tanto el hombre "gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines"[27]. 18

Este planteamiento que ha logrado gran acogida en la ciencia del Derecho penal español (por ejemplo en CEREZO MIR[28], GRACIA MARTIN[29], CUELLO CONTRERAS[30], MUÑOZ CONDE[31], DE LA CUESTA AGUADO[32]) se enlaza con corrientes filosóficas ontologicistas, fenomenológicas e iusnaturalistas que surgen en la postguerra mundial como intento de poner límite a la arbitrariedad 19

(23) JAÉN VALLEJO, M., *El concepto de acción en la dogmática penal. Op. Cit.*, p. 32.
(24) Cfr. MEZGER, E., *Derecho penal. Parte general.* Tomo I, pp. 88-89.
(25) JAÉN VALLEJO, M., *El concepto de acción en la dogmática penal. Op. Cit.*, p. 31.
(26) WELZEL, H., *Derecho penal alemán*, p. 39.
(27) Ídem.
(28) Cfr. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general II. Teoría jurídica del delito. Op. Cit.*, p. 48.
(29) Cfr. GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal I. Parte general*, p. 9.
(30) Cfr. CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español. Parte general*, pp. 412-417.
(31) Cfr., aunque con algunos matices valorativos, MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.* p. 211.
(32) Cfr. DE LA CUESTA AGUADO, P., *Tipicidad e imputación objetiva. Op. Cit.*, p. 108.

del legislador y del juez, cuyas actividades eran favorecidas por el conformismo del positivismo jurídico.

20 Según el planteamiento welzeniano, el legislador penal está vinculado por realidades ónticas preexistentes, por estructuras lógico-reales (dominio del hecho, voluntad final, etc.), las cuales no puede desconocer sin que se deslegitime la regulación legal. En tal sentido, WELZEL destaca que en el Derecho penal, la naturaleza previa de las cosas vinculantes para el legislador viene dada por la estructura final de la acción, esto es, por la preeminencia en la acción del aspecto subjetivo, pues lo que diferencia a las acciones humanas de los fenómenos o procesos naturales ciegos es precisamente la finalidad. De esta manera, en la acción se destaca la preeminencia del aspecto subjetivo (voluntad): *fin* o *finalidad*, que es aquello que distingue a las acciones humanas de los fenómenos naturales. No obstante, ello requiere que la finalidad deba manifestarse en el exterior.

21 Inicialmente, el planteamiento de WELZEL estaba limitado a los hechos dolosos, pues en ellos es evidente una causación consciente y planificada del resultado que es el objetivo final; mientras que los delitos imprudentes eran considerados meras causaciones de resultados. Ello motivó que las críticas al finalismo estuvieran basadas en que responde a un modelo restringido de la conducta humana, esto es, las acciones planificadas dirigidas hacia un objetivo, dejando fuera muchas formas de acciones, como por ejemplo: aquellas que el sujeto las realiza distraído, ensimismado o concentrando su atención en otra cosa o se trata de actos automatizados producto de un aprendizaje voluntario repetitivo (pisar los frenos de un auto o los pedales de una bicicleta) que no requiere el previo planteamiento de un objetivo. Por tal motivo, es posible sostener que se trata de un concepto insuficiente para agrupar las distintas manifestaciones del delito. Por otro lado, se le reprocha el no dar cabida a los delitos omisivos, en tanto, la actuación dirigida a un fin implica una conducta activa. Asimismo, comoquiera que lo subjetivo cobra relevancia en el actuar final, ello tenía como consecuencia que la acción debía abarcar el dolo; mientras que la acción imprudente no podía ser acoplada sin problemas en el concepto final de acción.

22 Estas dificultades con las que tropezó en sus inicios la formulación de WELZEL, lo condujo a una frecuente reelaboración de su propuesta. Así, en un primer momento, sostuvo que en los delitos dolosos se da una actividad finalista real; mientras que en los delitos imprudentes una "finalidad potencial": el sujeto ciertamente no pretende producir el resultado, pero, si hubiera actuado con cuidado, podía haber tenido la finalidad de evitarlo y disponer los medios

para ello. Empero, tal afirmación no podía ser de recibo pues finalidad potencial no es finalidad real y actual. Además, por dicho camino no se podía llegar al establecimiento de un concepto unitario de acción.

Como consecuencia de dichos reproches, posteriormente WELZEL llegó 23
a sostener que en los delitos imprudentes hay finalidad real, pero que no se dirige a la realización del hecho típico, sino de otro hecho cuyo fin no tiene relevancia para el Derecho penal; siendo lo importante a efectos jurídico-penales el medio utilizado o la forma de su utilización para tal fin, v. gr., el sujeto que hiere a otro por escapársele un disparo al limpiar descuidadamente el arma cargada. En dicho ejemplo, el sujeto realiza una acción finalista (limpiar el arma) cuya finalidad no es significativa a efectos penales (dejar limpio el arma). Lo relevante penalmente es la manera en la que aquel desarrolla su acción (la forma de limpiar el arma).

En una última etapa, WELZEL postula el concepto de "acción cibernética" 24
en lugar de "acción final". En esta nueva definición, resalta la toma en consideración del "control por la voluntad", es decir, la configuración de un suceso controlado y dirigido por la voluntad, el cual se presenta tanto en la acción dolosa como en la imprudente[33]. No obstante, a este concepto se le ha criticado que toma en consideración solo la capacidad individual del sujeto dejando de lado la vertiente social de la acción.

2. Los planteamientos normativos

2.1. El concepto de acción de los penalistas hegelianos alemanes

De acuerdo con el concepto de acción elaborado por los penalistas hege- 25
lianos alemanes como ABEGG, BERNER, KÖSTLIN y HÄLSCHNER, la acción era el hecho imputable al hombre como culpable, en tanto aquella implicaba la exteriorización de la *voluntad moral*[34]. En efecto, los hegelianos concebían al delito ante todo como acción, en el sentido de *obra de la libertad humana*[35].

En realidad, se trata de la manifestación de un pensamiento globaliza- 26
dor, en el cual la concepción del delito como acción es la base sobre la que se reúnen los aspectos objetivos y subjetivos de la teoría del delito[36]. En tal sen-

(33) WELZEL, H., *Derecho penal alemán. Op. Cit.*, p. 44.
(34) JAÉN VALLEJO, M., *El concepto de acción en la dogmática penal, Op. Cit.*, p. 19.
(35) MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 178. párr. 6.
(36) Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 256.

tido, lo ilícito y la culpabilidad son inseparables, pues la norma no podía dirigirse a los incapaces de culpabilidad; ambas categorías constituían un todo[37]. Al respecto, JAKOBS señala que la ventaja de un concepto como el planteado reside en que "la acción no se determina por sus aspectos externos (movimiento corporal o resultado), sino por su relación de sentido con la norma. Lo que quiere decir para la acción delictiva: Lo grave no es el suceso externo, sino la actitud del autor ante la norma (o sea, ante el ordenamiento en general) puesta de manifiesto en el hecho de la ejecución de la acción"[38].

27 Este concepto que prejuzga la culpabilidad no tuvo influencia y fue dejado de lado tan pronto RUDOLF VON IHERING formuló la concepción objetiva de la culpabilidad, según la cual existen acciones antijurídicas pero no culpables[39]. En efecto, con esta nueva perspectiva la conclusión de los penalistas hegelianos de que toda acción ha de ser necesariamente culpable no es correcta, pues si un menor de edad o un enfermo mental comete unas lesiones graves en contra de otro, sí se puede afirmar que se ha realizado un actuar injusto a pesar de que quien lo cometió no sea declarado culpable.

2.2. El concepto social de acción

28 Las primeras formulaciones de este planteamiento se producen con anterioridad al concepto final de la acción. El concepto social de acción se va a caracterizar por poner su atención, precisamente, en la relevancia social de la conducta. En efecto, para sus partidarios la acción no interesaba desde el punto de vista de las ciencias naturales, sino en su configuración como fenómeno social. Asimismo, señalaban que solo a través de este concepto era posible encontrar un concepto de acción que tenga validez general para los delitos dolosos, culposos y los de omisión[40]. En tal sentido, EBERHARD SCHMIDT manifestaba que para el Derecho penal la acción no interesa –desde el punto de vista de las ciencias naturales– como fenómeno fisiológico, sino solo como fenómeno social en atención a la relevancia de sus efectos en la realidad social. Es por ello que la determinación del sentido de la acción debía realizarse de un modo objetivo desde el punto de vista social, y evitar su búsqueda en el ámbito del ser. Lo que en realidad pretendía SCHMIDT era depurar el concepto

(37) JAÉN VALLEJO, M., *El concepto de acción en la dogmática penal. Op. Cit.*, p. 20.
(38) JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 158 párr. 3.
(39) Cfr. WELZEL, H., *Derecho penal alemán. Op. Cit.*, p. 46; CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general II. Teoría jurídica del delito. Op. Cit.*, p. 29.
(40) Cfr. DE LA CUESTA AGUADO, P., *Tipicidad e imputación objetiva. Op. Cit.*, p. 104.

causal de la excesiva influencia del naturalismo presente en el planteamiento causalista de su maestro v. LISZT[41].

El concepto social de acción fue desarrollado posteriormente por ENGISCH, 29
MAIHOFER y JESCHECK; este último entiende a la acción como un "comportamiento humano con trascendencia social"[42], la cual se configura cuando la conducta "se refiere a la relación del individuo con su entorno y afecta al mismo a través de sus efectos"[43].

En líneas generales se puede sostener que la concepción social se distancia 30
del concepto causal de acción, porque la exigencia de relevancia social implica un punto de vista valorativo, con lo cual el concepto social de acción se transforma en uno de naturaleza normativa. En efecto, la justificación de este concepto sobre criterios valorativos permite abarcar tanto la acción y la omisión, así como los comportamientos dolosos y culposos. Por otra parte, esta formulación se distingue de la teoría final de la acción, cuando se constata que no surge del modelo final de la actividad humana y tampoco considera a toda conducta bajo el prisma de la acción final[44].

Se ha criticado al concepto social que en su pretensión por elaborar un 31
concepto omnicomprensivo de acción (en el cual se puedan incluir todo tipo de comportamiento doloso y culposo, así como el actuar y el omitir) no consigue fijar tal, sino más bien un concepto relativo a la acción típica, pues la relevancia social de la acción se deduce de la tipicidad de la misma[45]. En esta misma línea, los críticos sostienen que si tras la relevancia social lo que se quiere es mostrar la contrariedad del hecho con las normas penales, queda claro que no se trata de la acción, sino de la tipicidad[46]. En este sentido, MARINUCCI ha expresado que "la teoría 'social' de la acción sea una teoría de la 'acción típica' –y que en realidad mire, por tanto, a describir el 'contenido material' de los fenómenos penalmente 'relevantes'– lo prueban, por otra parte, sus formulaciones menos genéricas, que se desarrollan a través de la declarada u oculta *anticipación* en el concepto de acción de (presuntos o efectivos) *elementos objetivos* de los tipos penales"[47].

(41) MAURACH, R., *Derecho penal. Parte general I. Op. Cit.*, p. 261 párr. 51.
(42) JESCHECK, H. / WEIGEND, T., *Tratado de Derecho penal. Parte general*, §23, p. 239.
(43) Ibídem, §23, p. 240.
(44) MAURACH, R., *Derecho penal. Parte general I. Op. Cit.*, p. 262 párr. 54.
(45) JAÉN VALLEJO, M., *El concepto de acción en la dogmática penal. Op. Cit.*, p. 60.
(46) Ibídem, pp. 60-61.
(47) MARINUCCI, G., *El delito como "acción"*, pp. 64-65 (resaltado en el original). En el mismo sentido, ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general.* Tomo I. *Op. Cit.*, §8 p. 247; ROMERO SINVET, C., "Causas de

32 Por otro lado, se le ha reprochado que el criterio de la "relevancia social de una conducta" es muy amplio y, por ende, no tiene un contenido determinado, pues sobre la base de dicha idea es posible agrupar la gran mayoría de comportamientos humanos, incluso los actos llevados a cabo por influjo de una fuerza física irresistible, movimientos puramente reflejos o incluso los actos de personas jurídicas.

2.3. El concepto negativo de acción

33 Este planteamiento si bien constituye doctrina minoritaria, posee una influencia relevante en el moderno concepto de acción. Se caracteriza por estar elaborado de modo normativo mediante la alusión al "deber de evitar"[48] o denominado también "principio de evitabilidad"[49]. El concepto negativo de acción fue planteado por KAHRS, pero incorporado como base del concepto de acción por HERZBERG, según el cual: "la acción del Derecho penal es el no evitar evitable en posición de garante"[50].

34 A diferencia de la gran mayoría de concepciones formuladas en torno a la acción, el concepto negativo se caracteriza por un procedimiento muy particular, el cual consiste en definir la acción jurídico-penal desde el punto de vista de la configuración típica del delito de omisión, a través del cual se hace posible incluir la conducta activa. Así, en el actuar activo u omisivo el autor no evita "algo" que es evitable, v. gr., desde esta perspectiva lo decisivo no es que un sujeto lesione a otro causándole lesiones graves o incluso la muerte, sino que no ha omitido dicha acción en el momento oportuno. Asimismo, constituye un procedimiento relevante para la determinación del concepto de "evitabilidad", la toma en consideración de la posición de garante o la situación típica como criterio limitador del concepto negativo.

35 En la doctrina penal, JESCHECK ha criticado esta formulación doctrinal señalando que "la evitabilidad de un resultado penalmente relevante no es una cuestión de la acción, sino de la imputación del acontecimiento posterior a la acción del autor"[51]. También ROXIN se ha sumado a los reproches, expresando que "este concepto caracteriza la valoración negativa de una acción, pero no la acción misma"[52].

---

exclusión de la acción". *Op. Cit.*, p. 153.

(48) GARCÍA CAVERO, P., *Lecciones de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 285.

(49) ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general.* Tomo I. *Op. Cit.*, §8, p. 247.

(50) Citado por ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general.* Tomo I. *Op. Cit.*, §8, p. 247.

(51) JESCHECK, H. / WEIGEND, T., *Tratado de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, §23, p. 238.

(52) ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general.* Tomo I. *Op. Cit.*, §8, p. 250.

2.4. El concepto personal de acción

Este concepto formulado por ROXIN y que es cercano a los planteamientos de KAUFMANN (teoría personal de la acción) y HANS-JOACHIM RUDOLPHI (desarrollo autónomo de la idea de atribuibilidad personal), implica que solo podrá plantearse la presencia de una acción si la realización del hecho puede reconducirse a la actuación de un ser humano como una unidad psico-física. 36

Para ROXIN, cualquier planteamiento sobre la acción tiene como condición necesaria satisfacer las funciones que a aquella se le atribuyen, esto es, servir como elemento *básico* (ser un concepto general que englobe el hacer y no hacer, así como las conductas dolosas e imprudentes), de *enlace* o *unión* (la cual debe cumplir la acción al internarse en cada uno de los estadios de la teoría del delito, experimentando cada vez una caracterización más exacta. Para ello ha de: a) poseer un carácter neutro frente al tipo, la antijuridicidad y la culpabilidad; y, b) debe tener un contenido que le permita soportar los predicados de los siguientes elementos de valoración) y *límite* (debe servir de filtro frente a todos aquellos sucesos no relevantes jurídico-penalmente, es decir sucesos causados por animales, actos de personas jurídicas, meros pensamientos, actitudes internas y modificaciones del mundo exterior no sometidas a control psíquico alguno como ataques convulsivos, delirios, etc.)[53]. 37

En tal sentido, para que la acción pueda satisfacer tales contenidos debe ser interpretada como "manifestación de la personalidad"[54], esto es, como "todo lo que se puede atribuir a un ser humano como centro anímico-espiritual de acción"[55]. De esta manera, por ejemplo, no hay acción si un sujeto actuó como simple instrumento u objeto, o si se trata de situaciones de inconsciencia donde el individuo no puede someter sus impulsos a una ponderación racional[56]. 38

Según la formulación roxiniana, su concepto de acción está en la capacidad de abarcar todo aquello que en el campo prejurídico se puede calificar como acción, así como todas las formas de manifestación de la conducta delictiva; en tal sentido, permite abarcar las acciones dolosas, culposas y las omisiones. Asimismo, "dicho concepto designa el 'sustantivo' al que se pueden vincular sin fuerza, y sin que fueran prejuzgadas por ello, todas las demás valoraciones 39

(53) Ibídem, p. 234.
(54) Ibídem, p. 252.
(55) Ídem.
(56) Cfr. GARCÍA CAVERO, P., *Lecciones de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 286.

jurídicopenales"[57]. Por último, ofrece el criterio decisivo para delimitar entre la acción y la ausencia de esta.

40 Al concepto personal de acción se le puede reprochar –como sucede con la mayoría de planteamientos roxinianos– que utilice un procedimiento de análisis casuístico (caso por caso), pues la determinación del límite entre la acción y la no acción no es evidente. De esta manera, la manifestación de la personalidad solamente podrá adquirir contornos definidos recurriendo al tipo penal correspondiente. Así lo declara el mismo ROXIN, cuando expresa que "la caracterización como 'manifestación de la personalidad' tampoco ofrece una definición de la que lógicamente se pudiera deducir en el caso concreto lo que es una acción"[58].

41 Por otro lado, por más que ROXIN se esfuerce por conseguir un concepto de acción que sea neutro, es decir, que no prejuzgue las posteriores categorías del esquema de la teoría del delito, reconoce que su concepción *"no es completamente neutral* en todos los casos frente al elemento valorativo que supone el tipo, pues en el ámbito de la omisión dicho concepto tampoco puede prescindir sin excepciones de la valoración jurídica"[59]. Por consiguiente, afirma el profesor alemán, "para el concepto de acción aquí defendido también resulta que en parte de las omisiones no son separables acción y tipo, de tal modo que la comprobación de la acción ha de adentrarse en el tipo"[60].

42 Además, se le crítica al concepto personal proporcionar al Derecho penal un concepto de acción muy estrecho, en el cual no tienen cabida supuestos de comportamientos calificados como omisiones imprudentes. En efecto, los críticos sostienen que en este tipo de casos –que pueden ser relevantes penalmente– en los cuales un sujeto desconoce el peligro de la situación, la conducta omisiva del sujeto no puede ser entendida como "expresión de la personalidad"[61].

43 Por último, desde nuestra perspectiva es válida para el planteamiento roxiniano la misma crítica dirigida al concepto social, esto es, que intenta ocultar la anticipación del tipo en el concepto de acción. Revela ROXIN que su concepto personal de acción se enlaza con el concepto social y negativo en la medida en que se trata de una *propuesta normativa*, ya que "el criterio de la manifestación de la personalidad designa de antemano el aspecto valorativo

(57) ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general.* Tomo I. *Op. Cit.,* §8 p. 256.
(58) Ibídem, p. 265.
(59) Ibídem, §8 p. 256. Las negritas son nuestras.
(60) Ibídem, §8 p. 257.
(61) Cfr. JESCHECK, H. / WEIGEND, T., *Tratado de Derecho penal. Op. Cit.,* §23, p. 238.

decisivo, que es el que cuenta jurídicamente para el examen de la acción. También es normativo en la medida en que en los terrenos fronterizos atiende a una decisión jurídica correspondiente con esa perspectiva valorativa"[62]. En tal sentido, la acción en la concepción roxiniana no cumple una función que el mismo ROXIN exige que se satisfaga, a saber, que sirva como elemento sistemático de enlace o unión (que sea neutral), pues él mismo reconoce la existencia de una valoración típica[63].

Sin embargo, y en aras de salvar su planteamiento, ROXIN rechaza que 44
este sea *normativista*, pues "acoge en su campo visual la realidad de la vida lo más exactamente posible", afirmación que por lo mostrado es ciertamente difícil de aceptar sin caer en contradicciones. En efecto, si bien el planteamiento roxiniano es considerado como de corte normativo, no se puede obviar que en realidad nos hallamos ante una propuesta teórica híbrida. El concepto personal de acción parte del sentido social como criterio determinante, pero termina ontologizando el inicial planteamiento normativo[64].

2.5. La acción como teoría global del hecho delictivo

Para JAKOBS, el final de una etapa de polémicas en torno al concepto de la 45
acción llega con la propuesta del finalismo welzeniano (particularmente la perspectiva biocibernética), en la cual se la concibe como "expresión de sentido"[65] y consiste en la causación individualmente evitable (es decir, causación dolosa o imprudente) de determinadas consecuencias. Hay que resaltar que la concepción de la acción como expresión de sentido no solo implicó la pertenencia del dolo a la acción, sino también fue la base sobre la cual WELZEL formuló su teoría personal del injusto.

Ahora bien, para el propio JAKOBS tal desarrollo "solo contiene la parte, 46
por así decirlo, individual-antropológica del problema, pero no la vertiente social"[66]. En tal medida, acción solo es "la causación imputable", esto significa que se trata de un concepto determinado por la imputación (pues se trata de una atribución y no de algo que pertenece a la naturaleza), la cual definirá si se trata o no de una "expresión de sentido comunicativamente relevante"[67]. En efecto, para JAKOBS, la imputación objetiva "puntualiza el

(62) ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general.* Tomo I. *Op. Cit.,* §8, p. 265.
(63) Cfr. JAÉN VALLEJO, M., *El concepto de acción en la dogmática penal. Op. Cit.,* p. 73.
(64) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J., *Normas y acciones en Derecho penal. Op. Cit.,* p. 59.
(65) JAKOBS, G., "El concepto jurídico-penal de acción". *Op. Cit.,* p. 111.
(66) Ibídem, p. 112.
(67) Ibídem, p. 114.

concepto de acción"[68], con lo cual esta no se configurará "a la hora de soñar o dar un paseo (¡mientras no se omita algo que debía hacerse!), sino solo en el caso de un comportamiento socialmente relevante"[69]. Por consiguiente, es la imputación objetiva la que elimina a modo de filtro todos aquellos comportamientos que no perturban socialmente.

47 JAKOBS toma como sustento de su planteamiento, que la norma en tanto pauta de comportamiento dirigida a los ciudadanos solo afecta toda conducta que una persona realizaría si estuviera motivada para ello. Precisamente, la evitabilidad implica que "el comportamiento sea susceptible de ser influenciado por una motivación dirigida a evitar el resultado"[70]. Se trata de una fórmula hipotética, en la cual "la causación del resultado individualmente evitable es el supraconcepto que engloba el actuar doloso e (individualmente) imprudente. El conocimiento de la ejecución de la acción y en su caso de sus consecuencias (en el dolo), o la cognoscibilidad individual (en la imprudencia), como condiciones de la evitabilidad, pertenecen a la acción y, por tanto, al injusto"[71].

48 En su planteamiento sobre la acción, JAKOBS sustituye la finalidad por el requisito de la evitabilidad. Así, sostiene que "en el ámbito del dolo pues, no existe en definitiva diferencia alguna con el concepto final de acción; solo que el punto de vista se ha desplazado desde la finalidad en relación con el resultado a las condiciones de la evitabilidad del resultado. Este cambio del punto de vista proporciona un concepto de acción que incluye genuinamente acciones imprudentes, también como reacciones imprudentes automatizadas, y ello a través de las respectivas condiciones de la evitabilidad"[72].

49 El concepto de acción como producción de un resultado individualmente evitable no es solo el concepto general para el comportamiento doloso y el culposo (individual), sino también quedan englobados los hechos omisivos, pues de la "acción como causación evitable del resultado y del concepto de omisión correlativo como no evitación evitable de un resultado"[73] se puede formar un supraconcepto que abarque la comunidad entre acción y omisión. Efectivamente, para el planteamiento jakobsiano, la acción y la omisión no implican la presencia de movimiento corporal y ausencia de tal respectivamente, sino

(68) Ibídem, p. 102.
(69) Ibídem, p. 124.
(70) JAKOBS, G., "Comportamiento evitable y sistema del Derecho penal". En: *Estudios de Derecho penal,* p. 153.
(71) JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.,* p. 174 párr. 27.
(72) Ídem.
(73) Ibídem, p. 177 párr. 32.

de "algo que no pertenece al ámbito de lo fáctico-naturalista, esto es, en la atribución de determinados resultados a una persona"[74].

JAKOBS lleva el tratamiento penal de la acción mucho más lejos, pues 50
sostiene que no se configura una lesión de la vigencia de la norma penal sin culpabilidad. Sobre la base de ello, afirma que "un concepto de acción que almacene el programa completo del Derecho penal debe ser ampliado hasta la culpabilidad"[75], con lo cual la acción implica "convertirse a sí mismo en culpable"[76]. De esta manera se puede apreciar que la concepción jakobsiana sobre la acción pretende abarcar todos los presupuestos de la punibilidad, originándose un aparente "retorno" a la teoría de la imputación de HEGEL y los penalistas hegelianos (*supra* II.2 a.), pues desde la perspectiva jakobsiana "el comportamiento, en cuanto suceso psico-físico, debe ser objetivamente imputable, evitable y culpable"[77]. Empero, ello resultaría contrario a una de las exigencias –derivada de la función de elemento de unión o enlace de todas las fases del enjuiciamiento jurídico-penal– que comúnmente se le hace a la acción, esto es, a la neutralidad descriptiva y valorativa, lo cual implica que el concepto de la acción debe ser planteado de un cierto modo que no lleve a prejuzgar alguno de los siguientes elementos del delito. En esta misma línea, se le ha reprochado a JAKOBS el incluir a la culpabilidad en su concepto de acción, porque se presenta el peligro de llegar a afirmar que los supuestos donde intervienen inimputables adolezcan siempre de sentido para el Derecho penal, v. gr., parece desafortunado sostener que la conducta de legítima defensa de un inimputable es un proceso que carece de sentido.

III. Posición personal

Como ya he señalado *supra*, el delito se asienta sobre un comportamiento 51
humano, el cual puede ser calificado como acción u omisión. En efecto, al igual que cierto sector de la doctrina, para nosotros también tanto las acciones como las omisiones son interpretaciones que, según los distintos tipos de reglas sociales, se puede predicar de un comportamiento humano[78]. En este sentido, KINDHÄUSER ha expresado que en el análisis del concepto de acción, "tiene sentido diferenciarlo frente al concepto de comportamiento. Con la expresión 'comportamiento' puede designarse el movimiento espacio-temporalmente

(74) JAKOBS, G., "El concepto jurídico-penal de acción". *Op. Cit.*, p. 116.
(75) Ibídem, p. 124.
(76) Ídem.
(77) Ídem.
(78) Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "Acción, norma y libertad de acción en un nuevo sistema penal". *Op. Cit.*, p. 1246; SILVA SÁNCHEZ, J., *Normas y acciones en Derecho penal. Op. Cit.*, p. 44.

situado de un ser vivo. Circunscribiendo el punto a seres humanos alguien corre, levanta su brazo o duerme. Un comportamiento es, en otras palabras, un suceso causal. Una acción, en cambio, es un comportamiento interpretado intencionalmente. La adscripcion de una acción provee una explicación de por qué alguien se ha comportado de determinada manera"[79].

52 Ahora bien, la afirmación según la cual el delito implica necesariamente la concurrencia de un comportamiento humano, permite excluir del ámbito de la intervención penal el mero pensamiento de los sujetos[80], posibilitándose la defensa de un Derecho penal de acto como límite al *ius puniendi* del Estado. El que solamente los comportamientos humanos pueden llegar a configurar un delito es una exigencia que no se justifica exclusivamente en que los límites del Derecho penal están en función de que nos hallemos ante los hechos de los hombres[81], sino también a partir de la propia función que le corresponde al Derecho penal, es decir, aquella según la cual las normas penales solo pueden intentar regular con éxito las conductas de los hombres, pues solo estos pueden captar su llamado[82].

53 No obstante, no todo comportamiento humano que cause un daño en contra de intereses de terceros es relevante para el Derecho penal. Sobre la base de lo postulado por los principios de *subsidiariedad* y el de *ultima ratio*, solo las conductas más graves son jurídico-penalmente relevantes. En tal sentido, desde nuestra perspectiva, el elemento primario en la construcción de la teoría del delito no puede ser todo comportamiento de los hombres en sentido general, sino solo aquellos que están recogidos en los respectivos tipos penales de la Parte Especial del CP. Acertadamente ha manifestado MIR PUIG, que para decidir si un determinado hecho constituye o no delito "lo primero que hay que hacer es comprobar si *prima facie* constituye una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-penal prevista en algún tipo de delito. Sería una pérdida de tiempo empezar examinando si concurre alguna causa de exclusión del comportamiento humano respecto de un hecho evidentemente atípico, como el pasear por la calle"[83].

(79) KINDHÄUSER, U., "Infracción de deber y autoría. Una crítica a la teoría del dominio del hecho". En: *Derecho penal*, p. 3.

(80) Asimismo, se acepta que ya hace mucho tiempo atrás dejaron de ser relevantes a efectos jurídico-penales los acontecimientos naturales o incluso los provenientes de animales.

(81) Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 184, párr. 25.

(82) SILVA SÁNCHEZ, J., *Normas y acciones en Derecho penal. Op. Cit.*, p. 65.

(83) MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 177, párr. 3. Cfr., en el mismo sentido, MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 210; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 258; en contra, ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general.* Tomo I. *Op. Cit.*, §8, p. 251.

En efecto, a partir de los años sesenta con el ocaso del finalismo y su concepto de acción, la doctrina penal postula la defensa de un concepto menos ambicioso, del que ya no se derivan consecuencias en la estructura del delito(84). Todos los planteamientos teóricos que han buscado un concepto de acción, solo han podido conseguir conocer qué es lo que no puede constituir acción y, consiguientemente, acción típica(85). De esta manera, dentro de las tradicionales funciones que se le asigna a la acción como categoría de la teoría del delito (función de clasificación, de definición y de delimitación), va a cumplir básicamente la función negativa o delimitadora, la cual implica la eliminación de todo aquello que no es relevante en el ámbito del Derecho penal(86). 54

Nuestra posición se sustenta en que el concepto de acción que importa al Derecho penal no puede obtenerse de la sola contemplación de la realidad de los hechos humanos, sino que depende también de las exigencias de aquel. Efectivamente, la selección de los hechos jurídico-penalmente relevantes solo puede efectuarse desde el prisma del Derecho positivo, pues como ha manifestado HERZBERG, "la cuestión de si existe una 'acción en sentido penal' no puede ser razonable y precisamente desconectada del examen de los elementos legales"(87). Así lo ha expresado también rotundamente JAKOBS, para quien "el concepto de acción no se busca antes de la sociedad, sino dentro de la sociedad. No es la naturaleza la que enseña lo que es la acción, como pretendía la escuela de v. Liszt con su separación de lo físico y lo psíquico, y el concepto de acción tampoco puede extraerse de la ontología como comúnmente se sostiene que Welzel intentó demostrar con su punto de partida desde la finalidad del actuar humano, sino que en el ámbito del concepto de acción lo decisivo es interpretar la realidad social, hacerla comprensible en la medida en que está relacionada con el Derecho penal"(88). 55

Tomamos partido por considerar que es en la doctrina del tipo y no de la acción donde se ubica el centro de la teoría del delito. Consideramos que no es una tarea sencilla aunar satisfactoriamente el hacer u omitir, así como el actuar doloso y el culposo, sin anticiparse a momentos pertenecientes a otras 56

(84) Cfr. JAÉN VALLEJO, M., *El concepto de acción en la dogmática penal. Op. Cit.*, p. 93.
(85) Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "Acción, norma y libertad de acción en un nuevo sistema penal". *Op. Cit.*, p. 1247.
(86) Ídem; ROMERO SINVET, C., "Causas de exclusión de la acción". *Op. Cit.*, p. 154.
(87) HERZBERG, R., "Reflexiones acerca del concepto jurídico penal de acción y de la negación del delito 'pretípica'". En: LUZÓN PEÑA, D. y MIR PUIG, S., *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, p. 29.
(88) JAKOBS, G., "El concepto jurídico-penal de acción". *Op. Cit.*, p. 102; En el mismo sentido, MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 185, párr. 25; BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho penal. Parte general*, p. 166.

categorías del delito[89]. En efecto, como refieren JESCHECK y WEIGEND, el hacer positivo y la omisión pueden integrarse en un concepto de acción unitario "cuando se alcanza a encontrar un punto de vista superior de carácter valorativo que aúne en el ámbito normativo los elementos que, por su esencia material, resultan incompatibles"[90].

57 Por tal motivo, cuando se pretende indagar acerca de si existe o no un comportamiento relevante para el Derecho penal, se deberá empezar por determinar si aquel pertenece a alguno de los tipos de acción definidos en la ley penal[91], pues los tipos penales describen siempre un comportamiento humano al cual se le califica como acción u omisión. Así, en el artículo 11 de nuestro CP se establece que: "Son delitos y faltas las *acciones u omisiones* dolosas o culposas penadas por la ley"[92]. En tal sentido, para el legislador penal nacional solo serán justiciables penalmente los sujetos que hayan realizado un hecho externo prohibido.

58 En líneas generales, si bien se reconoce que el objeto del Derecho penal son las acciones u omisiones de las personas, no se debe olvidar que el carácter de aquellas es normativo, es decir, que es construido o definido por el sistema social correspondiente y, claro está, por el subsistema jurídico-penal. Ahora bien, comoquiera que todo comportamiento humano es interpretado y calificado de distinta forma según la perspectiva desde la cual se le analiza, para determinar cuáles son las reglas a través de las que una sociedad decide cómo se configura el sentido del comportamiento de un sujeto, así como determinar la validez de este para el Derecho penal y calificarlo como acción u omisión, se ha de recurrir a la imputación objetiva[93].

59 De esta manera, la acción (así como la omisión) es un concepto determinado normativamente por el Derecho penal. A nivel de este, aquella implica un comportamiento que tiene un sentido relevante a efectos jurídico-penales[94]. Tal sentido es el de la vulneración de una norma de conducta, y se sustenta en que las normas del Derecho penal son directivas que tienen como objetivo motivar al ciudadano a que se organice correctamente y no se irrogue ámbitos de organización ajenos, es decir, no infrinja su deber general de no dañar (*neminem laede*), y en determinados casos un deber especial positivo.

(89) Cfr. ROMERO SINVET, C., "Causas de exclusión de la acción". *Op. Cit.*, p. 152.
(90) JESCHECK, H., / WEIGEND, T., *Tratado de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, §23, p. 239.
(91) Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "Acción, norma y libertad de acción en un nuevo sistema penal". *Op. Cit.*, p. 1247.
(92) El resaltado es nuestro.
(93) Cfr. JAKOBS, G., *La imputación objetiva en Derecho penal*, p. 13.
(94) Ídem.

IV. La fuerza física irresistible

1. Definición, contenido y características de la fuerza física irresistible

El legislador del CP peruano ha establecido en el inciso 6 del artículo 20 del CP, que está exento de responsabilidad penal: "El que obra por una fuerza física irresistible proveniente de un tercero o de la naturaleza". Se trata de la presencia de un estímulo exterior (la fuerza física irresistible) que actúa sobre un sujeto y lo hace incurrir (con un movimiento involuntario), aparentemente, en un ilícito penal. 60

El legislador penal es el encargado de establecer qué comportamientos humanos son relevantes jurídico-penalmente de aquellos que no lo son. Según lo prescrito en el artículo 20 inciso 6, puede apreciarse que para aquel todo comportamiento llevado a cabo por el influjo de una fuerza física irresistible (proveniente de otro ser humano o de la naturaleza) no posee importancia a efectos penales, v. gr., un conductor se encuentra con su vehículo delante de un semáforo esperando el cambio de luz que le permita el paso, pero atropella a un niño al ser golpeado violentamente por detrás por otro vehículo. Como ha expresado BUSTOS RAMÍREZ, en esta clase de supuestos no se trataría de una acción "pues justamente no está dotado de sentido y significación"(95). 61

La fuerza física irresistible (*vis absoluta*) debe distinguirse de aquella que recae sobre la psiquis del sujeto (*vis compulsiva*). En la primera, la fuerza incide sobre el cuerpo y no permite la configuración de un comportamiento originado en la voluntad de los sujetos; mientras que en la segunda, al incidir la fuerza en la mente del sujeto, por ejemplo mediante amenaza, no se excluye la presencia de un comportamiento voluntario. Sin embargo, el tratamiento penal adecuado para este último supuesto encuentra un lugar adecuado en la culpabilidad mediante la eximente del miedo insuperable (Art. 20 inc. 7 del CP peruano) o incluso del estado de necesidad exculpante (Art. 20 inc. 5). 62

Generalmente en la doctrina y jurisprudencia penales, se ha sostenido que para saber si nos encontramos o no ante supuestos en los cuales concurre una fuerza física irresistible, es necesario establecer sus características de cantidad y calidad. 63

(95) BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 323.

1.1. El aspecto cuantitativo de la fuerza

64 La única fuerza válida para afirmar la exclusión de un comportamiento voluntario es aquella con la suficiente capacidad de eliminar o anular por completo la voluntariedad[96] y la capacidad de resistencia del sujeto, de modo que este es convertido en un mero instrumento mecánico. Asimismo, se trata de una fuerza que no puede contrarrestarse o vencerse, es decir, ha de ser irresistible, tal como lo exige expresamente en el inciso 6 del artículo 20 del CP peruano.

1.2. El aspecto cualitativo de la fuerza

65 Al tratar el tema de las fuerzas capaces de influir en el comportamiento humano, una primera distinción es la que se presenta entre los supuestos de empleo de una fuerza física y una moral. Como ya se expresó *supra*, a efectos de que se configure este supuesto de exención de responsabilidad penal, es necesario precisar que solo la primera (la física) puede ser considerada como supuesto de fuerza irresistible; asimismo, esta ha de tener un origen externo. En efecto, nuestro CP señala que la fuerza puede provenir de un tercero o de la naturaleza, con lo cual se excluye a la emoción violenta como causa de aquella. La primera causa se puede presentar cuando, por ejemplo, alguien que se encuentra delante de una vitrina donde se exponen joyas muy valiosas es empujado contra ella por otro sujeto que pasó corriendo raudamente por detrás del infortunado, dando como resultado la destrucción del escaparate e irreparables daños para las alhajas. Mientras que la segunda ocurrirá, v. gr., cuando en un día de playa un sujeto decide ingresar al mar y no puede nadar a través de una fuerte ola, la cual termina arrojándolo sobre un niño que se encontraba cerca de la orilla, causándole lesiones graves a consecuencia del impacto.

66 Hay que resaltar que nuestro Derecho positivo no hace referencia a los supuestos en los cuales la fuerza proviene de un objeto, posibilidad que sí es admitida en la doctrina española[97], v. gr., cuando alguien ocasiona un desperfecto en los frenos del automóvil de otro, quien atropella a un peatón por tal motivo. Desde nuestra perspectiva ese tipo de casos no están amparados por la eximente en estudio, pues su solución es mucho más adecuada con la autoría mediata.

(96) Cfr. Romero Sinvet, C., "Causas de exclusión de la acción". *Op. Cit.*, p. 165.

(97) Cfr. Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 211. párr. 30; Zugaldía Espinar, J. (director) / Pérez Alonso, E. (coordinador), *Derecho penal. Parte general*, p. 426.

2. Crítica a la regulación de la fuerza física irresistible en el Derecho positivo

67 Desde nuestra perspectiva, la regulación de la fuerza física irresistible en el artículo 20 inciso 6 del CP peruano presenta varias falencias. En principio, no se logra entender el porqué el legislador nacional ha considerado solamente como causa de ausencia de acción a aquella y ha dejado de lado supuestos parecidos como el de los movimientos reflejos (v. gr., convulsiones) o estados de inconsciencia. Para nosotros, nada justifica tal omisión, agregando que la regulación de una sola causal es asistemática e infructuosa. Lamentablemente, este proceder legislativo se mantiene incluso en el actual Anteproyecto de Ley de Reforma del CP (Ley N° 29153). Algo distinto ocurre, por ejemplo, en el actual CP español vigente desde 1995, pues en este se ha optado por dejar fuera a la figura de la "fuerza física irresistible".

68 Por otro lado, si lo que se pretende es regular un supuesto de ausencia de acción, el empleo del término "obrar" no parece del todo acertado. Efectivamente, cuando se emplea la palabra "obrar" lo que se quiere significar es que un sujeto "hace algo", y por consiguiente, ese comportamiento no puede implicar la falta de acción. Tal razonamiento es admitido, solamente si se considera que el legislador se ha servido de un concepto ontológico o prejurídico de acción; pues si se tratase de un concepto normativo (vinculando estrechamente la acción con el tipo), la conclusión sería distinta.

69 En efecto, la validez de la fuerza física irresistible depende del punto de vista desde el cual se trate a la acción en tanto categoría de la teoría del delito. Como se ha observado en el presente estudio (*supra* II.), aquella puede ser analizada desde un punto de vista prejurídico o jurídico. Desde el primero de los señalados, la acción es tratada como un elemento perteneciente al mundo sensorial, fenomenológico (*perspectiva ontológica*), y en tal sentido, por ejemplo, los partidarios de este planteamiento han expresado que la causa de exención de responsabilidad penal denominada fuerza física irresistible constituye la parte negativa de la acción.

70 Por su parte, el plano jurídico implica la concepción de la acción normativamente, lo cual conlleva su tratamiento como acción típica (*perspectiva valorativa*)[98]. En tal sentido, el estudio y la regulación de causas de ausencia de acción deben ser interpretados como los casos en los cuales ha existido una relación entre el comportamiento de un sujeto y un hecho típico, pero que por

(98) Cfr. Quintero Olivares, G., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, pp. 453-454.

determinadas circunstancias no es relevante para el Derecho penal. En la línea de lo argumentado en este trabajo (*supra* IV.2), en los hechos englobados bajo la denominación de fuerza física irresistible, la interpretación del comportamiento del sujeto "forzado" no da como resultado la expresión de sentido: vulnerar una norma (penal) de conducta. Así también lo sostiene JAKOBS, cuando afirma que "de ningún modo se le atribuyen a un ser humano como su toma de postura o como su expresión de sentido todos los cursos derivados de un comportamiento, sean finales, se hayan previsto o fuesen previsibles. Al contrario, esa atribución solo se produce si el comportamiento de la persona se entiende como condición determinante, y no solo fortuita, del curso que lleva hasta el resultado"(99).

71 Finalmente, hay que resaltar que mayoritariamente se acepta que está exento de responsabilidad penal todo sujeto cuyo comportamiento implique la ausencia de una acción u omisión dolosa o culposa típica, y no solo aquel que se encuentre bajo una fuerza física irresistible.

72 Hay que citar por ejemplo lo señalado en la Ejecutoria Suprema del 31 de octubre de 1997 (Exp. N° 1917-96-Apurímac): "El derrumbe de un tramo del canal de aducción de la central hidroeléctrica que causó la afectación del servicio público y perjuicios económicos, ocurridos en circunstancias de inexistencia de dolo o culpa en la conducta de los procesados, y debido a fallas geológicas, no resulta penalmente imputable a los acusados"(100).

73 Quien a causa de una fuerza física irresistible lesiona un determinado interés jurídico-penalmente protegido, no decide su actuación por medio de su voluntad, y al faltar esta se excluye la calificación del comportamiento como acción u omisión(101). Desde nuestra óptica, si lo que se quiere es aludir a la falta de voluntad de un sujeto durante la realización de un hecho que tiene consecuencias lesivas para intereses ajenos, bastaría con recurrir a lo establecido en el artículo VII del Título Preliminar y en el artículo 11 del CP peruano.

V. Bibliografía

74 ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal*. 2ª edición. Akal, Madrid, 1986; BACIGALUPO, Enrique, *Principios de Derecho penal. Parte general*. 5ª edición. Akal, Madrid, 1998; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal. Parte general*. 4ª edición. PPU,

(99) JAKOBS, G., "El concepto jurídico-penal de acción". *Op. Cit.*, p. 112.

(100) Ejecutoria Suprema del 31 de octubre de 1997 (Exp. N° 1917-96-Apurímac). En: ROJAS VARGAS, F., *Código Penal*, p. 482.

(101) MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 208, párr. 17.n.

Barcelona, 1994; CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte general II. Teoría jurídica del delito.* 6ª edición. Tecnos, Madrid, 2004; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español. Parte general.* 3ª edición. Dykinson, Madrid, 2002; DE LA CUESTA AGUADO, Paz, *Tipicidad e imputación objetiva.* Ediciones Jurídicas Cuyo, Argentina, 1998; GARCÍA CAVERO, Percy, *Lecciones de Derecho penal. Parte general.* Grijley, Lima, 2008; GRACIA MARTÍN, Luis, *El actuar en lugar de otro en Derecho penal I. Parte general.* Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1985; HERZBERG, Rolf Dietrich, "Reflexiones acerca del concepto jurídico penal de acción y de la negación del delito 'pretípica'". En: LUZÓN PEÑA, Diego y MIR PUIG, Santiago, *Cuestiones actuales de la teoría del delito.* McGraw Hill, Madrid, 1999; JAÉN VALLEJO, Manuel, *El concepto de acción en la dogmática penal.* Colex, Madrid, 1994; JAKOBS, Günther, "Comportamiento evitable y sistema del Derecho penal". En: *Estudios de Derecho penal.* Traducción de CANCIO MELIÁ, Manuel. Civitas, Madrid, 1997; JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general.* Traducción de CUELLO CONTRERAS, Joaquín y SERRANO GONZALES DE MURILLO, José Luis. 2ª edición. Marcial Pons, Madrid, 1997; JAKOBS, Günther, "El concepto jurídico-penal de acción". En: *Estudios de Derecho penal.* Traducción de CANCIO MELIÁ, Manuel. Civitas, Madrid, 1997; JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal.* Traducción de CANCIO MELIÁ, Manuel. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal. Parte general.* Traducción de OLMEDO CARDENETE, Miguel. 5ª edición. Comares, Granada, 2002; KINDHÄUSER, Urs, "Infracción de deber y autoría. Una crítica a la teoría del dominio del hecho". En: *Derecho penal.* Traducción de MAÑALICH, Juan, Fribourg, 2009. Disponible en <www.unifr.ch/ddp1/derechopenal>; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de Derecho penal. Parte general I.* Universitas, Madrid, 1999; MARINUCCI, Giorgio, *El delito como "acción".* Traducción de SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, "Acción, norma y libertad de acción en un nuevo sistema penal". En: *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat.* Tomo I. Edisofer, Madrid, 2008; MAURACH, Reinhart, *Derecho penal. Parte general I.* Traducción de la 7ª edición alemana por BOFILL GENZSCH, Jorge y AIMONE GIBSON, Enrique. Astrea, Buenos Aires, 1994; MEZGER, Edmund, *Derecho penal. Parte general.* Tomo I. Traducción de la 6ª edición alemana por FINZI, Conrado A. El Foro, Buenos Aires, 1958; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general.* 8ª edición. B de f. Montevideo-Buenos Aires, 2008; MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general.* 7ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007; PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal.* Ediciones Jurídicas, Lima; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Manual de Derecho penal. Parte general.* 2ª edición. Aranzadi, Navarra, 2000; ROJAS VARGAS, Fidel, *Código Penal.* Idemsa, Lima, 2007; ROMERO SINVET, Clotilde, "Causas de exclusión de la acción". En: *Cuadernos de Política Criminal* Nº 46. Edersa, Madrid, 1992; ROXIN, Claus, *Derecho*

penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, DE VICENTE REMESAL, Javier. Civitas, Madrid, 2000; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Normas y acciones en Derecho penal.* Hammurabi, Buenos Aires, 2003; WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán.* 4ª edición. Traducción de BUSTOS RAMÍREZ, Juan y YÁÑEZ PÉREZ, Sergio. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997; ZUGALDÍA ESPINAR, José (director) / PÉREZ ALONSO, Esteban (coordinador), *Derecho penal. Parte general.* 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

§ 20.7
Miedo insuperable

César Paredes Vargas
Abogado en Derecho penal
(Perú)

Sumario

	Nm	P
I. Antecedentes	1	188
II. Planteamiento general y fundamento	2	188
III. Naturaleza jurídica	8	190
IV. Requisitos del miedo insuperable	24	195
1. La existencia del miedo	25	195
2. El miedo ha de ser además insuperable	31	196
2.1. La necesidad de actuar inminentemente ante la amenaza de un mal	40	199
2.2. Creencia de la realidad y seriedad del mal	43	200
2.3. No causación responsable del peligro	48	202
2.4. Una cierta entidad del mal	51	202
2.5. Sujeto pasivo del mal amenazante	54	203
3. Requisitos de la acción salvadora	58	204
3.1. Necesidad de defensa	59	204
3.2. Proporcionalidad	61	204
3.3. Que no exista obligación de tolerar el peligro	63	205
4. Mal igual o mayor	66	205
V. Vacíos y proposiciones de reforma de *lege ferenda*	70	206
VI. El miedo insuperable y el estado de necesidad como eximentes independientes y dotadas de presupuestos autónomos	75	207
1. La teoría que niega la posibilidad de diferenciar ambas eximentes: el miedo insuperable como eximente superflua	76	208
2. Teorías que permiten la delimitación entre ambas eximentes.	78	208
2.1. La situación motivacional como elemento diferenciador	79	208
2.2. La teoría que sitúa la diferencia en la distinta procedencia del mal	81	209
2.3. Las teorías que sitúan diferencia en el criterio utilizado para realizar la ponderación. Especial referencia a la posición de Mir Puig	83	210
VII. Bibliografía	88	210

§ 20.7.- Exención de responsabilidad penal por miedo insuperable

"Está exento de responsabilidad penal:

(...)

7. El que obra compelido por miedo insuperable de un mal igual o mayor;

(...)".

I. Antecedentes

1 La causal de exención de responsabilidad criminal tiene una larga tradición en el Derecho penal español. Así, el Código español de 1848 ya contemplaba ya consagraba tal eximente. Sin embargo, el legislador peruano lo ha tomado del texto de 1971 (vigente conforme a la ley 44 del 14 de noviembre de 1971) que lo regulaba en el artículo 8.10. Nuestro legislador cambia la palabra "impulsado" por la de "compelido", que está contenida en el inciso 7 del artículo 20 del proyecto peruano de 1990 y reproducido en el inciso 7 del artículo 20 del actual Código Penal de 1991. También estuvo previsto de manera diferente en el inciso 3 del artículo 85 del Código Penal de 1924, disposición que alude a la violencia física o amenaza de sufrir un mal inminente. Asimismo, la eximente en cuestión también está contemplada en el artículo 31 del Código Penal Tipo para Latinoamérica como acción o peligro de un mal igual y grave. En la legislación comparada de Latinoamérica, el Código Penal de Colombia lo regula en el inciso 2 del artículo 40 bajo la fórmula de causal de inculpabilidad a quien obre bajo insuperable coacción ajena. El vigente Código Penal de Colombia del año 2000 lo contempla en el inciso 9 del artículo 32. De manera similar, el Código Penal español de 1995, en su inciso 9 del artículo 32, consagra tal eximente al referir que: "No habrá lugar a responsabilidad penal cuando se obre impulsado por el miedo insuperable".

II. Planteamiento general y fundamento

2 La indagación de cuál es el fundamento de la eximente del miedo insuperable coloca al intérprete frente a la tarea de contestar a la pregunta de qué es lo que justifica racionalmente que una persona en situación de miedo insuperable pueda quedar exenta de responsabilidad criminal si resuelve su conflicto lesionando un bien jurídico ajeno.

3 El problema se ha de plantear y resolver como un problema de límites; hasta cuándo puede el Estado legítimamente exigir responsabilidad a una persona afectada por miedo insuperable en una situación concreta por un comportamiento contrario a sus propios intereses, esto es, contrario a la norma.

4 VARONA GÓMEZ[1] sostiene atinadamente que en este conflicto personal, la persona que obra en miedo insuperable está definitivamente dando mayor peso a unos determinados intereses, porque estos le pertenecen a ella misma o

(1) VARONA GÓMEZ, D., *El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia*, p. 123.

a personas por las que siente una especial vinculación, en realidad se encuentra sometida a la presión que produce el miedo por la amenaza de un mal. En síntesis, la situación característica del miedo insuperable sería, pues, que nos encontramos ante un conflicto que afecta intereses particularmente cercanos al autor, por lo que este lo resuelve de manera parcial, esto es, dando mayor valor a los bienes por los que se siente ligado. Tal resolución parcial es aceptada por el ordenamiento penal porque es reflejo de unos valores (autointerés, familia, amor, amistad) que en un sistema liberal que reconozca la diferencia entre comunidad y Estado no puede desconocer, pues forma parte de lo que somos y de cómo somos.

Coincidimos con BUSTOS RAMÍREZ[2] cuando señala que: "En las situaciones de miedo insuperable, el sujeto se encuentra sometido a la presión que le produce el miedo por la amenaza de un mal. Se trata de determinar en esa situación concreta, en un juicio valorativo *ex ante* colocándose en la situación de la persona concreta, si el Estado le podía exigir un actuar contrario a sus propios intereses en la resolución del conflicto". 5

El fundamento de la eximente del miedo insuperable es, por tanto, la preferencia legítima por los propios intereses. La acción llevada a cabo por miedo insuperable queda exenta de pena, no porque sea inevitable (física o psicológicamente) que una persona prefiera a sus intereses y los de sus seres queridos sobre los demás, sino porque por lo menos en algunas ocasiones tal preferencia no es digna de castigo. Las relaciones íntimas están definidas en último término por una intensa parcialidad, y no podemos al mismo tiempo afirmar la validez de tales relaciones y condenar a alguien por miedos que revelan que valora su bienestar y el de sus allegados más que el de los extraños. Hay ocasiones pues en las que las preferencias por los propios intereses es legítima, y la eximente de miedo insuperable pretende cobijar estos casos. 6

Naturalmente, ello plantea la crucial cuestión referente a los límites de esta preferencia por los propios intereses, pues aunque es cierto que el ordenamiento jurídico no puede desconocerla, también es verdad que no puede aceptarla de forma ilimitada, y ello se esclarecerá cuando se desarrollen los requisitos. 7

(2) BUSTOS RAMÍREZ, J. / HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho penal*. Volumen II, p. 380.

III. Naturaleza jurídica

8 En la doctrina española, se ha dado a la eximente de miedo insuperable minoritariamente el carácter de causa de justificación y dominantemente el de causa de exculpación, en concreto, de inexigibilidad de otra conducta[3].

9 Santiago MIR PUIG[4] sostiene que: "La responsabilidad penal no solo decae cuando el sujeto del injusto se encuentra en unas condiciones psíquicas distintas a las normales (inimputabilidad), sino también cuando actúa en una situación motivacional normal a la cual el hombre medio hubiera sucumbido. Se dice, entonces, que se ha obrado en situación de 'no accesibilidad', porque se entiende que el derecho no considera exigible a nadie resistir a una presión motivacional excepcional que el hombre medio no podría soportar".

10 SAINZ CANTERO[5] sostiene que el pensamiento sobre la "no exigibilidad" puede resumirse en estos términos: para que a un sujeto le sea reprobable el hecho antijurídico que ha cometido voluntariamente, es preciso que, además, él sea imputable y que haya actuado dolosamente o culposamente, que le pueda ser exigido un comportamiento distinto al que el derecho dispone. Cuando esta conducta legal no es exigible a su acto no es reprochable y, por tanto, debe quedar exento de pena.

11 Conforme sostienen atinadamente COBO y VIVES[6], la inexigibilidad no se funda en la ausencia de capacidad para motivarse para adecuar el querer a los requerimientos normativos, sino en la presencia de circunstancias que determinan la anormalidad del proceso motivador. En las situaciones de no exigibilidad, la norma prohibitiva o preceptiva no despliega su ordinaria eficacia motivadora frente al sujeto, porque existe un "contramotivo", jurídicamente relevante, que determina que no pueda exigirse al sujeto la realización del comportamiento jurídicamente correcto, o, dicho en otras palabras, que el individuo no se halle obligado a llevar a cabo una conducta jurídicamente justa.

(3) Véase, por ejemplo, en este sentido, las notas de la traducción de MEZGER, E., *Tratado de Derecho penal*, Tomo II, pp. 7-9 y 44. Asimismo, ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal. Parte general*, p. 280 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, J. / SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal. Parte general*, p. 643; SAINZ CANTERO, J., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*. Tomo II, p. 104 ss.; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 585 ss.; COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T., *Derecho penal. Parte general*, p. 696 ss.; CUERDA ARNAU, M., *El miedo insuperable su delimitación frente al estado de necesidad*, p. 77 ss.; QUINTANAR DIEZ, M., *La eximente de miedo insuperable*, p. 57 ss.; VARONA GÓMEZ, D., *El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia. Op. Cit.*, p. 123 ss.

(4) MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 586.

(5) Cfr. SAINZ CANTERO, J., "El desenvolvimiento histórico-dogmático del principio de no exigibilidad". En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales* T. 13, p. 419.

(6) COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 688.

Cuando nuestro Código Penal alude a las causas eximentes de responsabilidad en situaciones de no exigibilidad (como sucede con el miedo insuperable), la doctrina alude a las causas de exclusión o disculpas. Con esta expresión se requiere decir algo más concreto que exclusión de la culpabilidad (de la responsabilidad penal). También las causas de inimputabilidad excluyen la responsabilidad penal y, sin embargo, no se excluyen entre las causas de exculpación. 12

La única forma de fundamentar, en casos como este, la exclusión de culpabilidad es apelar a un criterio valorativo distinto del nexo psicológico, como lo hizo la teoría de la culpabilidad normativa, que nosotros adoptamos. Dentro de esta óptica, las causas de exculpación no pueden explicarse correctamente a partir de la concepción de una culpabilidad basada en el actuar de otro. El único camino transitable es el propuesto: no se castiga porque falta la responsabilidad penal, que presupone una situación motivacional en la cual le sea exigible al hombre normal evitar el injusto. Basta que falte al autor la capacidad de adoptar su decisión con arreglo a las leyes de una motivación normal. 13

La tesis minoritaria, como referimos anteriormente, postula que el miedo insuperable es una justificación. Desde un criterio preventivo-general Gómez Benítez[7] sostiene que: "Solo las personas no motivables por el Derecho penal actúan sin culpabilidad". Esto no sucede en las situaciones de miedo insuperable, al menos si no se las considera como situaciones de trastorno mental transitorio. En estos casos, el sujeto es motivable y el Derecho penal podría, por tanto, intentar inhibir a las personas a actuar típicamente; podría, pero no quiere hacerlo, porque está asumido socialmente que los hechos realizados en tal estado no deben ser punibles en general; como consecuencia, el miedo insuperable no es una "causa de inexigibilidad" de conducta distinta, sino de justificación del hecho; no cabe, pues, legítima defensa enfrentada, sino solo el estado de necesidad, ni tampoco la participación punible, aunque sí la autoría mediata; el error sobre la situación generadora del miedo puede ser relevante, como situación putativa de justificación. 14

Asimismo, Gimbernat Ordeig[8], frente a la opinión mayoritaria en la ciencia, que califica el miedo insuperable de causa de exclusión de la culpabilidad, estima –por los mismos motivos que rigen para el estado de necesidad– que se trata de una causa de justificación. 15

(7) Gómez Benítez, J., *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*, p. 437 s.
(8) Gimbernat Ordeig, E., *Introducción a la Parte general del Derecho penal español*, p. 66.

16 CUERDA RIEZU[9] argumenta que, en su concepto, el miedo insuperable constituye también una causa de justificación y explica por qué: "Las reglas de concurso de leyes no son aplicables a los preceptos prohibitivos o preceptivos, sino también a los permisivos; con otras palabras, no solo tiene vigencia en relación a los tipos de la Parte Especial del Código Penal, sino también en relación a las causas de justificación (...)", ambos preceptos (aludiendo al estado de necesidad y al miedo insuperable) están en relación de especialidad, siendo ley general el número 7 y la ley especial el número 10 del artículo 8. La situación de necesidad y la proporcionalidad son, por expresarlo gráficamente, el tronco común de ambas causas de justificación, mientras que el miedo insuperable, como elemento subjetivo específico de la eximente número 10 del artículo 8[10].

17 Con este parecer, la necesidad de la pena deja de ser un principio regulativo general y se convierte en fundamento de merecimiento de pena. En definitiva, viene a sustituir la función específica del bien jurídico, lo que implica tanto una confusión para la teoría del injusto como para la culpabilidad, pues no se consideran con precisión los problemas referentes a la motivación del sujeto al actuar, que no debe olvidarse que produjo un injusto y con conciencia de ello. Esta circunstancia, producción consciente del injusto, no puede entonces ser pasada por alto a la hora de enjuiciar al hecho y al sujeto; de otro modo, se puede ser muy restrictivo o muy flexible en el juicio.

18 En el criterio del Tribunal Supremo español no ha sido uniforme, pues en numerosos casos ha coincidido en relación con la posición dominante de no exigibilidad, sin embargo, en otras ha considerado la eximente de miedo insuperable de manera restrictiva, y, en otros casos, como causa de inimputabilidad. Entre estas se puede citar la sentencia de 12 de mayo de 1971[11].

19 En este sentido, en cuanto a la naturaleza jurídica de la eximente, la aludida sentencia considera al miedo insuperable como una eximente consistente en la falta momentánea de condiciones de imputabilidad producidas por una fuerte coerción exterior, y esta situación excepcional es elemento del hecho que debe reconocerse en forma explícita en la sentencia. En la sentencia del 20 de abril de 1959[12] se manifestó que para que tenga eficacia liberatoria, el miedo tiene que ser insuperable y estar plenamente justificado, es decir, que

(9) CUERDA RIEZU, A., *La colisión de deberes en Derecho penal*, p. 253, nota 11.
(10) Ambas citas corresponden al Código Penal español anterior al de 1995.
(11) ARANZADI, *Repertorio de jurisprudencia. Año 1971*, número marginal 2.287.
(12) ARANZADI, *Repertorio de jurisprudencia. Año 1934*, número marginal 113.

es preciso que pase del límite en el que pueden dominarse la generalidad de las personas ante un peligro inminente, real y efectivo, y que llegue a producir un estado de excepción en el sujeto, que anule por completo sus facultades anímicas y volitivas, determinando una verdadera inhibición mental. La sentencia de 3 de diciembre de 1977[13] comienza a puntualizar el miedo como un estado emocional de mayor o menor intensidad, según el subjetivismo individual, producido por el temor fundado en un mal efectivo, grave e inminente que sobrecoge el espíritu, niebla la inteligencia y domina la voluntad, determinándola a realizar un acto que, sin esa perturbación psíquica del sujeto, sería delito. En la sentencia del 30 de septiembre de 1978[14] se considera al miedo como una situación pasional o emotiva padecida por un sujeto normal y motivada por una causa real y efectiva, que produce una excitación anímica cerebral que perturba las facultades psíquicas, acarreando unos efectos que pueden ir desde la inimputabilidad absoluta generada por el llamado miedo insuperable o incontrolable, hasta la disminución de aquella como consecuencia de una afectación de menor intensidad. La sentencia del 24 de noviembre de 1981[15] conceptúa al miedo como una causa de inimputabilidad al manifestar que el miedo insuperable es indudablemente una reacción emocional del ser humano ante un acontecimiento que pone en peligro su conservación o la de sus deudos y que, como tal, disminuye la inimputabilidad del agente en la medida de su intensidad. La sentencia de 14 de marzo de 1986[16] dice textualmente que: "El miedo, calificado como gigante negro del alma en expresión feliz siquiátrica y que ha sido entendida como pionera de todas las emociones, definido desde el punto de vista filosófico como la espera de un mal o como perturbación angustiosa del ánimo por temor de un riesgo o mal que amenaza al sujeto, ha encontrado su encuadre normativo en la circunstancia 10 del artículo 8 y sus elementos". Continúa diciendo esta sentencia que es preciso que se dé un estado emocional que produzca una obnubilación tal en la mente del agente que lo prive de su raciocinio o de su libertad de autodeterminación.

En ese sentido, se pronuncia la sentencia del Tercer Tribunal Correccional 20
de Junín de 16 de mayo de 1991, es decir, exigiendo que el miedo sea de gran intensidad, equivalente al terror, y, por tanto, a una causa de inimputabilidad[17]. Este mismo criterio es mantenido en la moderna ciencia del Derecho

(13) Jurisprudencia Criminal, 1977, número 1202.
(14) Jurisprudencia Criminal, 1978, número 724.
(15) Repertorio Aranzadi, 1881, número 4545.
(16) Jurisprudencia Criminal, 1986, número 375.
(17) En forma crítica a esta sentencia PAREDES VARGAS, C., "El miedo insuperable en la jurisprudencia". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales* N° 2, p. 141.

penal español por QUINTANO RIPOLLÉS[18]. Esta tesis es insostenible, pues, como señala ANTÓN ONECA, de aceptarse solo eximiría la responsabilidad penal el "terror que enloquece" y la eximente resultaría superflua, al estar estos supuestos comprendidos en la eximente de anomalía o alteración psíquica, del numeral 1 de artículo 20 del Código Penal español de 1995, equivalente al inciso 1 del artículo 20 del Código Penal peruano de 1991.

21 De otra parte, compartimos la autorizada opinión de CEREZO MIR[19], quien sostiene, refiriéndose a la opinión de GIMBERNAT, que el miedo insuperable sea una causa de justificación, pues la pena podría desplegar en estos supuestos su eficacia intimidante, no me parece convincente –continúa CEREZO MIR–, pues si el miedo era insuperable no podría el sujeto obrar de otro modo en la mayor parte de los casos.

22 No está de más hacer mención a que las resoluciones del Tribunal Supremo español ya citadas mantuvieron en algunas sentencias un criterio muy riguroso, estimando que si el sujeto reaccionó ante el mal que le amenazaba, se defendió y acometió al causante del miedo, no debe apreciarse la eximente, pues ello revela que había superado el miedo. De este modo, se restringiría excesivamente el ámbito de la eximente, pues, como señala ANTÓN ONECA[20] no sería aplicable entonces en los delitos de acción, sino únicamente en los de omisión, cuando el sujeto hubiese quedado paralizado por el miedo, lo que carece de toda justificación. La opinión dominante considera que para determinar el carácter superable o insuperable del miedo hay que atender a las condiciones personales del sujeto (edad, carácter, experiencia, cultura, etc.), en relación con las circunstancias del caso concreto, pero hay que tener en cuenta también un criterio objetivo, que viene determinado por la conducta exigible por ser presumible en un hombre o ciudadano medio. De manera crítica CEREZO MIR[21] opina que sería más adecuado atender, en cuanto a la medida de exigibilidad, a la conducta que llevaría a cabo una persona inteligente, respetuosa con las exigencias del ordenamiento jurídico.

23 Una vez analizados los fundamentos y la naturaleza jurídica de la eximente de miedo insuperable, y delimitada, por tanto, la estructura teórico-conceptual de la eximente, surge la cuestión relativa a su concreta configuración.

(18) QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Curso de Derecho penal*. Tomo I, pp. 341, 351 ss.

(19) Cfr. el análisis crítico del pensamiento de GIMBERNAT ORDEIG: "para distinguir las causas de justificación de las causas de inculpabilidad según que la pena pudiera desplegar su eficacia intimidantez". CEREZO MIR, J., *Derecho penal. Parte general*, p. 262 s.

(20) ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 281.

(21) CEREZO MIR, J., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 132.

Analizando por qué el ordenamiento penal debe reconocer esta eximente y cuál es su emplazamiento dogmático más adecuado, resta saber cuándo puede decirse que la conducta de una persona responde a un miedo insuperable.

IV. Requisitos del miedo insuperable

La determinación de los requisitos del miedo insuperable debe partir de 24
la base de que el fundamento de la eximente es normativo y no está vinculado a un planteamiento psicológico sobre sus efectos en las facultades volitivas o intelectivas de la persona, tal como se esclareciera anteriormente. Por tanto, la insuperabilidad del miedo se refiere a las exigencias normativas que son necesarias para que el miedo tenga eficacia eximente de la responsabilidad criminal. Los requisitos son los siguientes: la existencia del miedo y la insuperabilidad del mismo.

1. La existencia del miedo

Es decir, un determinado estado emocional en el sujeto por el temor al 25
advenimiento de un mal. La exigencia legislativa del miedo insuperable no ha de interpretarse en términos exclusivamente psicológicos de terror o pánico incapacitador, sino de estado emocional de temor por un hecho desagradable que provoca la reacción del sujeto. La jurisprudencia nacional ha restringido esta eximente sobre la base de plantear que el miedo ha de alterar las facultades del sujeto de modo semejante a las causas de inimputabilidad, conforme se ha referido precedentemente, y también en la jurisprudencia española, de donde tomamos esta norma (STS de 25/03/1977; 31/09/1978).

Lo cual ciertamente no es necesario para que exista miedo, ya que este 26
puede estar referido solo a la motivación de causar y, por ello mismo, dejar a salvo todas las facultades del sujeto respecto a cómo actuar o sobre la consciencia del sujeto. Atinadamente, Córdova Roda[22] sostiene que el miedo ha sido restrictivamente interpretado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo: para la estimación de ese requisito sustancial no basta con la presencia de una emoción caracterizada por el tono de desagrado, sino que se exige que la reacción inspirada en dicho sentimiento lleve consigo una grave perturbación de las facultades del psiquismo.

(22) Córdova Roda, J. / Rodríguez Mourullo, G., *Comentarios al Código Penal*. Tomo I., p. 366.

27 La expresa referencia de nuestro legislador penal relativa a la presencia de un miedo en la conducta de la persona exenta de pena en virtud de la eximente contenida en el inciso 7 del artículo 20, no ha de interpretarse como la exigencia de un estado de terror o pánico incapacitado, sino que tal situación ha de entenderse como la necesaria presencia de un cierto estado emocional en la persona, provocado por la amenaza de un mal caracterizado por el temor de la persona al advenimiento de un hecho desagradable.

28 De ello se colige que el miedo acaba derivando de una presunción, pues siendo el miedo la proyección subjetiva de la situación conflictiva que sufre la persona amenazada por el mal, lo importante pasa a ser la verificación de dicha situación conflictiva, es decir, la amenaza o peligro de un mal, ante el cual la persona reacciona evitándolo, pues cuando ello sea así se va a presumir que su actuación concreta viene motivada por el miedo a dicho mal. Esta presunción es una consecuencia lógica de la fundamentación normativa de la eximente, ya que con ello se desplaza el núcleo de la exención de pena del miedo a las exigencias normativas condensadas en su insuperabilidad.

29 Sin embargo, ciertamente, esta es una presunción *juris tantum* que puede refutarse cuando hayan indicios concluyentes que demuestren que la actuación de la persona no fue determinada por el miedo al mal amenazante. Los supuestos en los que podía negarse la presencia del miedo y, por tanto, la aplicación de la eximente, no tienen que ver, como contrariamente ha creído un sector de la jurisprudencia española que hemos aludido y analizado anteriormente, con la existencia de una actitud reflexiva por parte de la persona amenazada y la reacción defensiva, sino más bien, con la constelación de ciertos móviles incompatibles con el miedo.

30 Si se tiene en cuenta que el fundamento de la eximente es que la persona actúa de forma razonable para evitar un mal que la amenaza, entonces requisito *sine qua non* de la eximente es que se obre para evitar el peligro y no por otros motivos (ánimo de lucro, venganza, etc.). Debe tenerse en cuenta que, a diferencia de lo que opina la jurisprudencia española, con ello no se excluye el supuesto de la concurrencia de móviles incompatibles con el miedo (como el odio), ya que el supuesto en el que el miedo no es el móvil único de la conducta no impide que se cumpla lo exigido por la ley, esto es, que se obre impulsado, en definitiva pero no exclusivamente, por miedo.

2. El miedo ha de ser además insuperable

31 La doctrina, en lo que respecta a la insuperabilidad del miedo, ha recurrido normalmente al parámetro normativo del "hombre medio puesto en la

posición del autor". Conforme a él, sería insuperable aquel miedo que un hombre medio situado en la situación concreta del autor no pudiera, en el sentido normativo, vencer.

32 Comparte este criterio CUERDA ARNAU[23], quien manifiesta que: "(...) estimamos que el recurso al hombre medio de la posición del autor parece, como idea reguladora, la mejor de las soluciones propuestas para determinar la exigibilidad". AYALA GÓMEZ[24], después de aclarar que el miedo es una realidad psíquica, pero el "miedo insuperable" es ya un concepto jurídico, precisa que situado en el contexto normativo, en la determinación del trato de superabilidad o insuperabilidad de aquella resolución finalmente adoptada, el criterio del hombre medio normal, del tipo medio, es imprescindible. MORALES PRATS[25] sostiene que, ya en los dominios coherentes con el sentido normativo de la eximente, los de inexigibilidad subjetiva de la conducta, cabe articular el juicio de insuperabilidad del miedo a través de entendimientos diversos del criterio normativo generalizador o de estandarización. De un lado, la ponderación de la exigibilidad subjetiva de conducta adecuada a la norma puede adoptar como criterio de modulación valorativa la referencia al "hombre medio", conceptuando esta convención normativa de estandarización en abstracto, así, la insuperabilidad del miedo se mediría conforme a cómo hubiera reaccionado el hombre medio abstracto frente al mal generador del temor. PUENTE SEGURA[26] comparte el criterio con algunas aclaraciones, manifestado que: "No parece ocioso recordar, en ese sentido, que el concepto de 'hombre medio' tiene, naturalmente, una configuración ideal. Por supuesto, no existe en la realidad. Para el Derecho penal el hombre medio es, nada más –y nada menos– un concepto imaginario, flexible, adaptable a las circunstancias de cada caso. No existe un "hombre medio", sino muchos "hombres medios".

33 Al criterio del hombre medio en la posición del autor se le ha criticado, con razón, que es demasiado vago e impreciso para poder concretar la referencia a la insuperabilidad del miedo, pues ni sabemos cuál es el modelo de hombre medio del que debe partirse, ni tampoco qué significa exactamente "en la posición del autor". Lo cierto es que este parámetro ha producido en

(23) CUERDA ARNAU, M., *El miedo insuperable su delimitación frente al estado de necesidad. Op. Cit.*, p. 110.
(24) AYALA GÓMEZ, I., "El concepto del miedo en la circunstancia 10 del artículo 8 del Código Penal". En: *Política criminal y reforma penal. Libro homenaje a la memoria del profesor doctor Juan del Rosal*, p. 110 ss.
(25) MORALES PRATS, F., *Comentarios al nuevo Código Penal*, p. 183.
(26) PUENTE SEGURA, L., *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, p. 248 s.

la práctica el nocivo efecto de encubrir la discusión sobre las exigencias normativas que deben requerirse para aplicar la eximente de miedo insuperable.

34 VARONA GÓMEZ[27] analiza adecuadamente estos criterios dubitativos, manifestando que: "Así, por ejemplo, si uno se pregunta si el hombre medio en la posición del autor consideraría insuperable el miedo ante un peligro que amenaza su patrimonio, parece claro que no puede esperarse una respuesta de tal criterio, sino, evidentemente, de la imagen o ideal del hombre medio del que uno parte, y esto es, precisamente, lo decisivo, es lo que tal criterio no puede aclarar".

35 En realidad lo que debe ser objeto de discusión y análisis son las premisas o instituciones normativas a partir de las cuales se defienda una y otra exigencia, por esto, someter esta problemática al baremo del hombre medio es abrir una amplia vía de la arbitrariedad, por cuanto no solo es insuficiente, sino incompatible por su carácter generalizante con una categoría esencialmente individualizadora como es la culpabilidad y, en particular, la inexigibilidad de otra conducta. El problema reside en determinar sobre qué criterios individualizadores el derecho va a admitir como legítima esa valoración parcial de sus intereses que haga una persona en una situación de miedo, si no acepta el baremo del hombre medio en la posición del autor.

36 Entre las escasas decisiones jurisprudenciales que se han producido en nuestro país, podemos citar la del Expediente N° 1866-98, expedida por la Corte Superior del Cusco y confirmada por la Sala Penal de la Corte Suprema[28] en la que se precisa que, entre los requisitos de la eximente, se debe considerar que el miedo sea insuperable, *es decir, difícil de resistir en la medida del hombre medio*[29]. Criterio que también es compartido por la doctrina nacional en forma dominante, así PEÑA CABRERA[30] manifiesta que entre los requisitos del miedo se debe considerar que sea insuperable, es decir, difícil de resistir en la medida del hombre medio como referencia. Asimismo, VILLA STEIN[31] sostiene que en cuanto a la insuperabilidad del miedo, ello debe significar objetivamente valorado, que el estímulo que lo provoca además de serio, real e inminente debe ser capaz de producir la respuesta de miedo en un hombre con entereza de espíritu normal o medio.

(27) VARONA GÓMEZ, D., *El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia. Op. Cit.*, p. 386.
(28) ROJAS VARGAS, F., *Jurisprudencia penal.* Tomo I, p. 155.
(29) El resaltado es nuestro.
(30) PEÑA CABRERA, R., *Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la Parte general*, p. 418.
(31) VILLA STEIN, J., *Derecho penal. Parte general*, p. 459.

El juicio normativo sobre la insuperabilidad del miedo puede ser, pues, 37
compatible con un examen de las características individuales y personales de la persona que alega la eximente. Lo decisivo a la hora de aplicar esta eximente no es lo que una persona razonable (o media) haga en lugar del autor, sino más bien, qué es lo que puede razonablemente esperarse que determinada persona, teniendo en cuenta sus características individuales, haga en una situación de miedo debido a la situación de amenaza de un mal. Ello no impide, sin embargo, que en el examen sobre la razonabilidad individual de la conducta se emplee una serie de parámetros normativos, pues razonabilidad individual no equivale, ciertamente, a mera alegación o creencia subjetiva.

En su lugar, se presenta una serie de requisitos normativos que pueden 38
servir de base a dicha concreción, referidos al mal amenazante y a la acción salvadora frente a ese mal.

El mal amenazante, para que sea insuperable, exige la concurrencia de 39
los siguientes requisitos: a) la necesidad de actuar inminentemente para poder defenderse con eficacia; b) creencia de la realidad y seriedad del mal amenazante –no es necesario que el mal sea ilícito en todo caso–; c) el mal no ha de haber sido provocado responsablemente por la persona que actúa para evitarlo; d) una cierta entidad de mal –independientemente de los bienes jurídicos en juego–; y e) el sujeto pasivo del mal ha de ser el propio autor o la persona vinculada afectivamente con el autor.

2.1. La necesidad de actuar inminentemente ante la amenaza de un mal

Aquí ha de partirse de que la eximente de miedo insuperable no puede 40
amparar aquellas acciones que se dirijan contra peligros pasados, que no tengan una posibilidad de reproducción en el futuro. Con ello, la exigencia de inminencia hace referencia a la necesidad de un peligro ante el que actúa defensivamente. Sin embargo, el peligro no es necesario que sea inminente en el sentido de inmediata causación si no se actúa, sino que la eximente de miedo insuperable puede aplicarse también en los casos de peligro futuro o duradero, en los que no quepa esperar en el transcurso del tiempo la mejora de las posibilidades de defensa o evitación del peligro. Desde este punto de vista, el criterio decisivo no es ya tanto la exigencia de un peligro inminente, como la necesidad de actuar inminentemente para evitar el peligro. Ello planteará, en los casos de peligro futuro, el ulterior problema referido a la existencia de otros medios para evitar el peligro (requisito de necesidad de la acción salvadora). Esta exigencia tiene apoyo en la jurisprudencia española. Así, la

STS de 15/12/1995; de 20/03/1996; y de 07/11/1996 y también en parte de la doctrina científica. Así, DÍAZ PALOS[32] manifiesta que el mal a sí mismo ha de ser inminente, nota entrañada en toda amenaza, por más que el proceso fobígeno se venga gestando a lo largo del tiempo e incluso sea provocado por el causante del miedo de manera gradual y progresivamente intensa para dominar mejor la psique de su víctima.

41 Asimismo, MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN[33] manifiestan que el mal que produce el miedo ha de ser serio, real e inminente. Del mismo parecer es PUENTE SEGURA[34], quien aludiendo a numerosas decisiones jurisprudenciales españolas, señala que el mal ha de ser grave, real e inminente.

42 En resumen, no tiene tal carácter la conducta que se dirija a peligros ya pasados, pues la acción ha de ser en defensa de un bien jurídico y no para vengar una ofensa anterior. La defensa lo puede ser tanto cuando el peligro sea de causación inmediata si no se evita, como si se trata de daños futuros cuando el peligro es duradero y el daño puede producirse en cualquier momento. Por eso, el criterio no es tanto la inminencia del mal como la necesidad de actuar inminentemente para evitar el peligro.

2.2. Creencia de la realidad y seriedad del mal

43 Este requisito hace referencia al problema de la falta de realidad del mal. Con él se plantea la cuestión del error en la situación de miedo insuperable. En la doctrina penal se ha planteado la posibilidad de aplicar, en estos casos, las reglas del error, tal y como sucede en los supuestos de eximentes putativos; o bien, la eximente incompleta de miedo insuperable. Pero, al margen de otros problemas, la dificultad esencial que presentan ambas opciones es que la aplicación, en estos casos, de las reglas del error o de la eximente incompleta supone, al fin de cuentas, exigir para la estimación del miedo insuperable que el mal sea real, pues de lo contrario, no sería necesario acudir a la regulación del error, ni se entendería qué requisito impide la aplicación de la eximente incompatible con el fundamento de la eximente.

(32) DÍAZ PALOS, F., *Miedo insuperable*, p. 353.
(33) MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, p. 451.
(34) PUENTE SEGURA, L., *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal. Op. Cit.*, p. 252.

Compartimos lo expuesto por VARONA GÓMEZ[35], quien sostiene que el error sobre el mal amenazante debe tratarse como un problema a solucionar dentro de la propia eximente, esto es, como una cuestión que afecta a los límites de la eximente de miedo insuperable. 44

En resumen, debe recordarse que esta eximente se funda en la inexigibilidad al sujeto de otra conducta en una situación concreta. En estas condiciones, exigir que el sujeto se cerciore de la realidad del mal hará inviable la eximente, pues ello solo es posible con completa seguridad una vez que el peligro se haya concretado en la lesión del bien jurídico. Por eso, esta no puede ser una exigencia de la eximente. Para aplicar el miedo insuperable basta con la creencia seria y fundada en la realidad del mal amenazante. Ello no impide establecer que el sujeto con un mayor cuidado pudo haber superado la creencia errónea. 45

Aclarando aún más, podríamos decir que la cuestión de los males figurados es un problema relativo a la razonabilidad de la creencia de la persona, pudiendo diferenciarse entre errores vencibles e invencibles, esto es, entre la mayor o menor razonabilidad de tal creencia. El error invencible dará lugar a la aplicación de la eximente del miedo insuperable, y el vencible a su estimación como eximente incompleta, en aplicación del artículo 21 del Código Penal peruano de 1991. 46

Con relación a la exigencia de la ilicitud del mal amenazante, es definida mayoritariamente por la doctrina y jurisprudencia españolas. En realidad, se pretende destacar que no puede considerarse un mal frente al que quepa reaccionar en miedo insuperable aquel que provenga de la actuación legal de los órganos del Estado (por ejemplo, el cumplimiento de una pena privativa de libertad), lo cual se suele fundamentar en el necesario cumplimiento ordenado por el derecho. Sin embargo, creemos que no puede aplicarse sin reservas, por cuanto el principio de inexigibilidad (que se encuentra en la base de la eximente de miedo insuperable) ya ha demostrado en diversas ocasiones que puede servir para eximir de pena incluso en supuestos en los que el mal que amenaza sea lícito que sería un caso de autoencubrimiento. Así, ocurriría, por ejemplo, en el caso del ladrón que huye desobedeciendo la voz de alto del policía. En este supuesto, el mal que amenaza es claramente lícito, pero, como ha señalado la jurisprudencia española (STS de 19/04/1991 y SAP La Coruña 47

(35) VARONA GÓMEZ, D., *El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia*. *Op. Cit.*, p. 395.

de 07/02/1992)[36], no existe deber alguno de dejarse detener y tal conducta no es susceptible de ser criminalizante exigible. Entre los penalistas españoles que defienden esta postura podemos señalar a HIGUERA GUIMERÁ[37] y CUERDA ARNAU[38] pero, tal como sostenemos, esta postura debe matizarse.

2.3. No causación responsable del peligro

48 El principio de responsabilidad por los actos propios excluye de quedar amparadas por el miedo insuperable aquellas conductas de defensa que provienen de males amenazantes causados por el propio sujeto.

49 Sin embargo, para evitar que esta exigencia acabe convertida en un legítimo *versari in re ilicita*, deberá requerirse toda una serie de condiciones para su aplicación. En primer lugar, no puede bastar la mera causación naturalística del peligro para la denegación de la eximente (v. gr., denuncia a un delincuente que luego amenaza). En segundo lugar, es necesario que el concreto peligro final representado por la situación de miedo insuperable (y no así un peligro genérico) sea previsible en el momento de realizar la acción precedente que lo origina. En tercer lugar, a la hora de evaluar la actuación precedente deben tenerse en cuenta los motivos que llevan a la persona a colocarse en una situación de peligro.

50 Los supuestos más complicados son aquellos en los que la actuación precedente solo puede considerarse imprudente respecto a la situación final del peligro para los bienes jurídicos. En estos casos, creo que lo más correcto sería la aplicación de la eximente incompleta de miedo insuperable.

2.4. Una cierta entidad del mal

51 Este requisito tiene que ver con la gravedad, esto es, con el problema relativo a si la eximente de miedo insuperable solo es aplicable en aquellos supuestos en los que el mal amenazante alcance una determinada entidad o gravedad, que quedaría definida *a priori* por medio de un catálogo cerrado de bienes jurídicos que deberían estar en peligro (por ejemplo, vida e integridad física).

52 Creemos que la limitación *a priori* de la eximente en función de los bienes jurídicos en peligro no se aviene ni con el fundamento ni con la realidad práctica de la eximente, pues, por un lado, el principio de razonabilidad o exigibilidad requiere de un examen individual de las circunstancias del caso, sin

(36) LA LEY-ACTUALIDAD. *Actualidad Penal*, 1992, p. 119.
(37) HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe. *Op. Cit.*, p. 121.
(38) CUERDA ARNAU, M., *El miedo insuperable su delimitación frente al estado de necesidad. Op. Cit.*, p. 114.

que parezca posible tasar de antemano, mediante un catálogo cerrado de bienes jurídicos, el umbral de peligro por debajo del cual la actuación de la persona deba considerarse ya, en todo caso, irrazonable.

Por otro lado, dicha limitación parece concebida con el pensamiento de 53
que mediante la eximente de miedo insuperable siempre se va a lesionar un bien jurídico de gran importancia, desconociendo con ello, que los conflictos ante los que se puede encontrar una persona pueden ser de muy diversa entidad, por lo que se puede marginar de entrada toda una serie de casos que, por lo menos, merecerían cierta discusión.

2.5. Sujeto pasivo del mal amenazante

Con ello se plantea la cuestión concerniente a si la eximente de miedo 54
insuperable solo ampara a aquel que obra en defensa de sus propios bienes jurídicos; o también puede aplicarse en los casos en que se salvan intereses de otras personas.

La eximente de miedo insuperable se fundamenta, según expusimos, 55
en la preferencia legítima por los propios intereses. Por tanto, forma parte de la propia eximente el requisito consistente en que debe existir una relación especial entre bienes jurídicos en peligro y el autor de la acción salvadora. Tal vínculo existe, ciertamente, cuando dichos bienes son precisamente los del propio autor; pero también cuando aquellos pertenecen a una persona con la que el autor está ligado por ciertos vínculos de afecto que pueden fundamentar la resolución parcial del conflicto. El ejemplo más claro es el caso de familiares, pero no puede descartarse que más allá de este círculo de personas, determinadas relaciones afectivas entre personas den lugar a la aplicación de la eximente de miedo insuperable. De lo contrario, esto es, de no existir ninguna vinculación o relación entre el autor del delito y el tercero beneficiado por su acción, no parece existir razones convincentes para la exculpación, porque la resolución parcial de un conflicto necesita algo más fuerte que los menores vínculos de solidaridad que ligan a todos los ciudadanos entre sí.

En resumen, los límites de la acción defensiva son los de la propia inexi- 56
gibilidad de otra conducta al sujeto concreto en la situación concreta. De ahí que no aparezca educado exigir necesidad de la defensa proporcional y no tener obligación de soportar el mal, pues ello normativizaría la eximente hasta el extremo de casi identificarla con el estado de necesidad.

57 Puede que objetivamente frente al miedo insuperable no sea necesaria la defensa, que no sea proporcional y que el que sufra miedo tenga obligación de soportar el mal. A nuestro criterio, aun en estos casos podría apreciarse la eximente. Dependerá de la subjetividad del sujeto frente a la amenaza real o presunta que haga inexigible la conducta conforme a la norma. Luego, esta eximente podría amparar incluso al pusilánime.

3. Requisitos de la acción salvadora

58 En relación con los requisitos de la acción salvadora o defensiva llevada a cabo, proponemos los siguientes:

3.1. Necesidad de defensa

59 Este requisito plantea el problema de las posibilidades de evitar el peligro por medios distintos a la concreta acción defensiva –que no debe olvidarse que es un injusto– ejecutada. Ciertamente, forma parte del fundamento de la eximente el hecho de que no exista una posibilidad razonable de solucionar el conflicto sin recurrir a la lesión de bienes jurídicos ajenos, pues esta eximente, como aquella que reconoce medios de autotutela de los ciudadanos, debe limitarse a los casos en que no existan otras alternativas razonables de educación.

60 En resumen, debe tenerse en cuenta que el análisis relativo a la existencia de otros medios no puede situarse en un mundo ideal en el que la sola existencia genérica de fuerzas policiales o procedimientos alternativos de resolución, sirva ya para denegar inmediatamente la aplicación de la eximente.

3.2. Proporcionalidad

61 El miedo insuperable, aunque no es una causa de justificación, requiere cierta proporcionalidad o adecuación entre los bienes jurídicos en conflicto, pues la legitimidad de una valoración parcial no puede ser ciertamente absoluta. El derecho no puede amparar todo egoísmo o preferencia por los propios intereses. Por tanto, aunque el miedo insuperable permita eximir de pena supuestos en los que se lesiona un bien jurídico de mayor valor que el salvado, el interés lesionado no puede ser desproporcionalmente mayor.

62 Esta ponderación, debido a la naturaleza del principio de inexigibilidad que fundamenta la eximente, no puede decidirse sino a la vista del caso concreto, pero existen dos principios que pueden ser de mucha ayuda en esta tarea. En primer lugar, el principio de recuperabilidad, cuya misión es valorar el peso de las razones que conducen a una persona a lesionar un bien jurídico

ajeno, considerándose que estas son atendibles cuando más irrecuperable sea la pérdida que el peligro supone. En segundo lugar, el principio de adecuación, que se basa en la exigencia de cierta proporción entre el peligro que amenaza y la lesión causada; con lo cual se impedirá la exculpación de la conducta en supuestos de clara desproporcionalidad entre ambos.

3.3. Que no exista obligación de tolerar el peligro

Hay ciertas profesiones que conllevan un compromiso de imparcialidad, 63
por ejemplo, el bombero, el policía. Ellos, por su posición social de tutela de bienes jurídicos ajenos, tienen una mayor obligación de soportar amenazas de peligro. Por tanto, el juicio de parcialidad de estas personas tiene aún más límites que el resto de las personas.

Esta especial obligación no puede fundamentarse en necesidades preven- 64
tivo-generales, sino en el compromiso de imparcialidad que la asunción voluntaria de la tarea de velar por determinados bienes jurídicos lleva consigo. Este compromiso de imparcialidad tiene que ver con una intención de justicia que señala que quien libremente asume tal tarea, haciéndose con ello responsable de los bienes jurídicos de terceros, tiene frente a ellos una mayor responsabilidad que la que normalmente se deriva de los genéricos vínculos de solidaridad entre los ciudadanos. Estos últimos pueden ser derrotados por la especial vinculación del autor con los bienes en peligro, pero aquel, seguramente, no, porque todos los afectados por la función de salvaguarda tienen derecho a igual trato por parte de los órganos encargados de ella.

Por otra parte, la especial obligación de tolerar el peligro tiene unos requi- 65
sitos subjetivos (compromiso voluntario y tutela de una colectividad indeterminada de personas), y objetivos (solo alcanza a aquellos riesgos específicos y propios de la función de tutela de que se trate, y no puede llegar hasta el punto de imponer un deber de sacrificio –inmolación– de la persona).

4. Mal igual o mayor

Si se trata de otro extremo de la eximente en estudio; que el miedo insu- 66
perable venga determinado por la amenaza del mal igual o mayor.

Es evidente que el mal a que se refiere la ley es sinónimo de peligro o 67
amenaza inminente, de un perjuicio en perspectiva, sin necesidad de que el mismo llegue a actualizarse hasta constituir una agresión o acometimiento.

Como dice Córdova Roda[39], en este punto con razón una tal exigencia llevaría a traspasar a esta eximente un requisito extraño, propio de la legítima defensa, con la que así vendría a confundirse. Por la misma razón, no es exigible la falta de provocación, presente en la legítima defensa, pero ausente en el miedo insuperable, dada la diferente jerarquía entre ambas eximentes.

68 El mal de que se trata ha de estar relacionado con la amenaza o identificarlo con ella, sin que sea preciso que sea mayor, sino que basta que sea igual al causado por quien sufre el impacto del miedo, esto implica un resto de aptitud o de capacidad valorativa en el sujeto para poder comparar, aunque sea de manera elemental, fugaz e instintiva, la identidad de ambos males, lo que proporciona el necesario soporte objetivo de la eximente, no obstante, su peculiar trasfondo psíquico, que aun siendo predominante, no anula el apoyo al mínimo de su objetividad que nosotros criticamos, como se verá más adelante.

69 También se ha pretendido confundir la eximente de miedo insuperable con el estado de necesidad. Desde antiguo decía Bernaldo De Quiroz[40] que el miedo insuperable está en la frontera con el estado de necesidad y participa algo de su naturaleza, por lo que en cierta medida es acertada la afirmación de Roldán Barbero[41] de que "algo que nunca ha sido aclarado por la doctrina española dominante son las relaciones entre el estado de necesidad y el miedo insuperable", pues existe la tesis que niega la posibilidad de diferenciar ambas eximentes, considerando el miedo insuperable como eximente superflua.

V. Vacíos y proposiciones de reforma *de lege ferenda*

70 Por lo que se refiere a la redacción legal de la eximente, tomándose el modelo español anterior al Código Penal vigente desde 1995, se introdujo la referencia al "mal" –no solo respecto del vocablo "mayor", sino en los mismos términos–; redacción que criticamos por considerar que en una eximente en la que el miedo es el elemento decisivo debido a la apreciación de la misma, de su intensidad y efectos sobre el sujeto –por ejemplo, circunstancias en las que tiene lugar, educación, sexo profesión, ambiente del sujeto y grado de privación de las facultades intelectivas y volitivas que acontecen tras el impacto psíquico del miedo–, se encuentra la errónea pretensión de objetivizar una eximente

(39) Córdova Roda, J., *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, p. 259.
(40) Bernaldo de Quirós, C., *Derecho penal. Parte general*, p. 99.
(41) Roldán Barbero, H., "Estado de necesidad y colisión de intereses". En: *Cuadernos de Política Criminal* N° 20.

eminentemente subjetiva y que da por supuesta una situación angustiosa en la que el sujeto difícilmente podrá llevar a cabo una valoración de males.

En el artículo 20 inciso 7 de nuestro Código Penal, coexisten, efectivamente, elementos claramente subjetivos con otros de carácter objetivo, que han sido criticados por una parte de la doctrina penal española, lo que ha motivado que en el Código Penal vigente español que derogó el de 1973 se suprima esta referencia que nosotros, proponemos que también se realice en el Código peruano cuya reforma está en marcha. 71

En el informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto del Código Penal de 1994, se explica los motivos de esta reforma indicando que tal modificación obedece a dos tipos de razones: 72

En primer lugar, a partir de la modificación de 1932 del estado de necesidad, su delimitación frente al medio insuperable era dudosa: según una interpretación posible (aunque, probablemente defectuosa) del estado de necesidad, el miedo insuperable, tal y como se halla redactado, queda prácticamente sin contenido. 73

Una vez el miedo resulta insuperable, no tiene sentido añadir más requisitos para estimar la exención. Pues insuperable es lo que el sujeto no puede superar (con lo cual habría un estado de inimputabilidad). En cualquier caso, está claro que, sin ulteriores requerimientos acerca del motivo del miedo, es preciso admitir la ausencia de responsabilidad[42]. 74

VI. El miedo insuperable y el estado de necesidad como eximentes independientes y dotadas de presupuestos autónomos

Sin embargo de la forma antes aludida el debate sobre la similitud de ambas eximentes aún se mantiene latente y trataremos de resumir las diversas posturas para tomar posesión de nuestro particular punto de vista que servirá de sustento para enfocar los problemas de delimitación con el resto de las causales de exención de responsabilidad criminal, en particular con las causas de inimputabilidad y justificación. 75

(42) Informe del Consejo general del Poder Judicial al anteproyecto del Código Penal de 1994, en: *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial* N° 40, p. 155 ss.

1. La teoría que niega la posibilidad de diferenciar ambas eximentes: el miedo insuperable como eximente superflua

76 Una de las razones que llevó a entender que el miedo insuperable era una eximente superflua fue la de estimar que sus presupuestos fácticos coinciden con los del estado de necesidad exculpante, con lo cual no dejaba de ser un supuesto particular de esta otra eximente cuya regulación expresa no tenía razón de ser.

77 Esta es la tesis que en su momento sostuvo FERRE SAMA[43], a cuyo parecer se sumaron otros autores mas recientes[44]. Entiende FERRER SAMA que GALUPO, sostiene que "habiendo ya una eximente que excluye la pena con menos requisitos carece de sentido otra que hace depender el mismo efecto de un número mayor de aquellos".

2. Teorías que permiten la delimitación entre ambas eximentes

78 Sin embargo, fue mayoritaria en la doctrina la opinión de quienes estimaron posible conferir a la eximente un ámbito propio y eludir así aquella insatisfactoria conclusión de considerar esta eximente como superflua. Las propuestas que en este sentido se hicieron difieren, sin embargo, en cuanto a la solución que ofrecía el problema, que las explicaremos brevemente.

2.1. La situación motivacional como elemento diferenciador

79 Un buen número de autores extienden que la diferencia entre ambas eximentes radica en la particular situación motivacional requerida por la eximente de miedo insuperable, esto es, en el miedo entendido prioritariamente desde una perspectiva psiquiátrico-psicológica.

80 Esta tesis fue ya mantenida por ANTÓN ONECA[45] y QUINTANO RIPOLLÉS[46], y más recientemente, la defienden también DÍAZ PALOS[47] y QUINTANAR DIEZ[48].

(43) FERRE SAMA, A., *Comentarios al Código Penal*. Tomo I, p. 288 ss.
(44) Entre otros QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Curso de Derecho penal*. Tomo I. *Op. Cit.*, p. 352; GETTAS, J., "Comentario al Art. 8.10 CP". En: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. / RODRÍGUEZ RAMOS, L. (coordinadores), *Código Penal comentado*, p. 50; BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios del Derecho penal. Parte general*, p. 290.
(45) ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal. Parte general*. 2ª edición, 1986, p. 311.
(46) QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Curso de Derecho penal*. Tomo I. *Op. Cit.*, p. 352 ss.
(47) DÍAZ PALOS, F., *Miedo insuperable*, *Op. Cit.*, p. 350.
(48) QUINTANAR DIEZ, M., *La eximente de miedo insuperable. Op. Cit.*, p. 39.

Decía el primero de los citados autores que el estado de necesidad es compatible con la más perfecta serenidad de ánimo, mientras que el miedo insuperable radica en un estado emotivo especial, el miedo en el miedo en el cual "no es posible la reflexión" se trata en suma de "un estado emocional privilegiado" En la misma línea afirma DÍAZ PALOS[49] que "la diferencia está en la raíz emocional del miedo, en tanto que el necesitado puede obrar con necesidad e incluso con frialdad del ánimo". De parecida opinión es QUINTERO OLIVARES[50], quien afirma que así como el estado de necesidad "el acto puede ser objetivo y emotivamente frío, en caso de miedo este se adueña de la voluntad. Hasta tal punto pone el acento en el aspecto psicológico del miedo que no tiene inconveniente en afirmar –pese a entender que se trata de una causa de inexigibilidad– que es una eximente próxima a la enajenación y, sobre todo, el trastorno mental"[51] del que se separa en función de la siempre difícil fijación del origen patológico de este. Asimismo QUINTANAR DIEZ[52] manifiesta que "la aproximación al fenómeno del miedo desde una perspectiva médico psicológica y psiquiatrica nos resulta obligada".

2.2. La teoría que sitúa la diferencia en la distinta procedencia del mal

81 A juicio de un sector de la doctrina, la diferencia entre las eximentes en cuestión hay que buscarla en la distinta procedencia del mal en cada una de aquellas. Más concretamente, en el hecho de que en el miedo insuperable el mal proceda de la amenaza de un tercero. Así lo ha estimado JIMÉNEZ DE ASÚA[53] y RODRÍGUEZ DEVESA[54], entre otros.

82 Afirma el último de los autores citados que la diferencia no puede obtenerse si no es pensando que el miedo ha de ser producido por la amenaza de una tercera persona *(vis moral)* y añade: robustece esta afirmación la regla del artículo 118.1.4 del Código español de 1995, que distingue entre los que hubiera causado el miedo y los que hubieren efectuado el hecho.

(49) DÍAZ PALOS, F., *Miedo insuperable*, *Op. Cit.*, p. 350.
(50) QUINTERO OLIVARES, G., *Curso de Derecho penal. Parte general*, p. 439.
(51) Ídem.
(52) QUINTANAR DIEZ, M., *La eximente de miedo insuperable. Op. Cit.*, p. 39.
(53) JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal.* Tomo IV, p. 325 ss.
(54) RODRÍGUEZ DEVESA, J. / SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 648.

2.3. Las teorías que sitúan diferencia en el criterio utilizado para realizar la ponderación. Especial referencia a la posición de Mir Puig

83 Los defensores de esta teoría diferencian el estado de necesidad exculpante del miedo insuperable. En este, la evaluación de los bienes enfrentados debía ser subjetivo o, al menos había de hacerse conforme a lo que hubiese pensado el hombre medio que se hallase en las mismas que el autor.

84 Aunque desde un planteamiento completamente distinto, también Mir Puig[55] era de los que entendían que la diferencia entre ambas eximentes se encontraba en el diferente criterio que debía utilizarse en cada caso para ponderar los intereses en conflicto, sin embargo, no aboga por un criterio enteramente subjetivo, pues para este autor la ponderación requerida por el miedo debe efectuarse atendiendo al criterio del hombre medio situado en la población del autor.

85 En conclusión, podemos afirmar que en nuestro concepto la función más genuina del miedo insuperable seguiría siendo la de dar solución a supuestos que, si se desea emplear el lenguaje con rigor, no tienen cabida en el concepto de estado de necesidad. Con lo dicho, sin embargo, no se cierran las posibilidades de actuación del miedo, que con la nueva regulación que proponemos de *lege ferenda,* vería ampliado su ámbito de aplicación.

86 Como colorario, desde la perspectiva que defendemos, el miedo insuperable puede llegar a cubrir una serie de lagunas en las eximentes en aquellos casos en que estas resulten insuficientes, pero que, sin embargo, aun así se vean razones suficientes para eximir de pena, pues en el resto de eximentes no tiene la importancia de la valoración del conflicto como razón suficiente, como en determinadas ocasiones puede llegar a ocurrir, para la exención de pena.

87 Esta función, que podríamos llamar supletoria y complementaria del miedo insuperable, se facilitaría en gran medida con la modificación que proponemos que no condicionaría, como lo hace el Código Penal vigente a que el mal sea igual o mayor.

VII. Bibliografía

88 Antón Oneca, José, *Derecho penal. Parte general.* Reus, Madrid, 1949; Antón Oneca, José, *Derecho penal, Parte general.* 2ª edición. Akal, Madrid, 1986; Aranzadi,

(55) Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p 591 ss.

Repertorio de jurisprudencia. Año 1934. Aranzadi, Pamplona, 1934; ARANZADI, *Repertorio de jurisprudencia. Año 1971*. Aranzadi, Pamplona, 1971; AYALA GÓMEZ, Ignacio, "El concepto del miedo en la circunstancia 10 del artículo 8 del Código Penal". En: *Política criminal y reforma penal. Libro homenaje a la memoria del profesor doctor Juan del Rosal*. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993; BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Principios del Derecho penal. Parte general*. 5ª edición. Akal, Madrid, 1998; BERNALDO DE QUIRÓS, Constancio, *Derecho penal. Parte general*. Cajica, Puebla, 1949; BUSTOS RAMÍREZ, Juan / HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de Derecho penal*. Volumen II. Trotta, Madrid, 1999; CEREZO MIR, José, *Derecho penal. Parte general*. 2ª edición. Universidad de Educación a Distancia, Madrid, 2000; COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal. Parte general*. 5ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; CÓRDOVA RODA, Juan, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*. Publicaciones del Instituto de Estudios Jurídicos, Oviedo, 1996; CÓRDOVA RODA, Juan / RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Comentarios al Código Penal*. Tomo I. Ariel, Barcelona, 1997; CUERDA ARNAU, María Luisa, *El miedo insuperable su delimitación frente al estado de necesidad*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997; CUERDA RIEZU, Antonio, *La colisión de deberes en Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1984; DÍAZ PALOS, Fernando, *Miedo insuperable*. Nueva Enciclopedia Jurídica, Barcelona, 1997; Ferre Sama, Antonio, *Comentarios al Código Penal*. Tomo I, Murcia, 1946; Gettas, Jorge, "Comentario al Art. 8.10 CP". En: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo / RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (coordinadores), *Código Penal comentado*. Tecnos, Madrid, 1990; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Introducción a la Parte general del Derecho penal español*. Universidad de Complutense, Madrid, 1979; GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*. Civitas, Madrid, 1988; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*. Tomo IV. 3ª edición. Losada, Buenos Aires, 1963; Jurisprudencia Criminal, 1977, número 1202; Jurisprudencia Criminal, 1978, número 724; Jurisprudencia Criminal, 1986, número 375; MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho penal*, Tomo II. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1949; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*. 6ª edición. Reppertor, Barcelona, 2002; MORALES PRATS, Fermín, *Comentarios al nuevo Código Penal*. Aranzadi, Pamplona, 1996; MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*. 4ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; PAREDES VARGAS, César Augusto, "El miedo insuperable en la jurisprudencia". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales* Nº 2, año I, julio-diciembre 1993; PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la Parte general*. 3ª edición. Grijley, Lima, 1997; PUENTE SEGURA, Leopoldo, *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*. Colex, Madrid, 1997; QUINTANAR DIEZ, Manuel, *La eximente de miedo insuperable*. Edersa, Madrid, 1988; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Curso de Derecho penal*. Tomo I. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Curso de Derecho penal. Parte general*. Gráficas Signo, Barcelona,

1986; Repertorio Aranzadi, 1881, número 4545; RODRÍGUEZ DEVESA, José María / SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal. Parte general.* 18ª edición. Dykinson, Madrid, 1995; ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal.* Tomo I. Gaceta Jurídica, Lima, 1999; ROLDÁN BARBERO, Horacio, "Estado de necesidad y colisión de intereses". En: *Cuadernos de Política Criminal* Nº 20, 1983; SAINZ CANTERO, José Antonio, "El desenvolvimiento histórico-dogmático del principio de no exigibilidad". En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales* T. 13, Fasc./mes 3, 1960; SAINZ CANTERO, José Antonio, *Lecciones de Derecho penal. Parte general.* Tomo II. Bosch, Barcelona, 1982; VARONA GÓMEZ, Daniel, *El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia.* Comares, Granada, 2000; VILLA STEIN, Javier, *Derecho penal. Parte general.* 2ª edición. San Marcos, Lima, 2001.

§ 20.8
Cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho

ROXANNA REYES TELLO
Notaria pública
(Perú)

Sumario

	Nm	P
I. Introducción	1	213
II. Fundamento	3	214
III. Contenido del artículo 20, inciso 8	7	216
1. Cumplimiento de un deber	9	216
1.1. Naturaleza jurídica	10	216
1.2. Requisitos	13	218
a) Requisitos objetivos	14	218
b) Requisitos subjetivos	20	222
2. Ejercicio legítimo de un derecho	21	222
2.1. Ejercicio legítimo del derecho de corrección	23	223
2.2. Ejercicio legítimo de la profesión de abogado	29	226
2.3. Ejercicio legítimo del oficio de médico	33	227
2.4. Ejercicio legítimo del periodismo	38	229
IV. Bibliografía	41	231

§ 20.8.- Exención de responsabilidad penal por cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho

"Está exento de responsabilidad penal:

(...)

8. El que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo;

(...)"

I. Introducción

En el numeral 8 del artículo 20 del Código Penal se declara que está exento 1
de responsabilidad penal "El que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo"(1). De aquí, ya puede colegirse dos cosas: por un lado, los deberes a los que hace referencia el inciso son, sin duda alguna, deberes jurídicos, esto es, deberes que están expresamente señalados en la ley o en cuerpos normativos (v. gr., disposiciones jurídicas de rango inferior, convenios y tratados internacionales que hayan sido

(1) La presente eximente conserva prácticamente la misma redacción que el numeral 7 del artículo 20 del Código Penal español de 1995, el cual señala que: "Están exentos de responsabilidad criminal (...) El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo".

quienes ejercen legítimamente un oficio o cargo, en muchas ocasiones cumplen al mismo tiempo un deber o ejercen un derecho[2]. Por tanto, es posible concluir que la eximente prescrita en el inciso 8 del artículo 20 podría haberse simplificado en la siguiente fórmula: "está exento de responsabilidad penal el que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho"[3].

2 En función de lo señalado, cabe precisar que la referencia al obrar justificado "por disposición de la ley" o "ejercicio legítimo de un oficio o cargo" deviene en superflua. A nuestro juicio, quien obra en cumplimiento de un deber jurídico, necesariamente se encuentra vinculado a la ley (por ejemplo, los funcionarios y servidores públicos), al ejercicio de un oficio (v. gr., el abogado, el médico, el periodista, etc.) o al desempeño de un cargo (por ejemplo, el fiscal, el juez, etc.). De la misma manera, quien actúa en ejercicio legítimo de un derecho también se encuentra vinculado a una ley, a un oficio, o a un cargo. De ello se deriva que la redacción de la eximente regulada en el inciso 8 del artículo 20 debió ser simplificada en los términos arriba expuestos.

II. Fundamento

3 El sector dominante de la doctrina jurídico-penal sostiene que el fundamento de esta causa de justificación se encuentra en el principio del interés preponderante[4], mientras que el sector minoritario considera que el fundamento de la causa de justificación referida se encuentra en la unidad del ordenamiento jurídico. Los defensores del primer postulado convienen en que la eximente regulada por el inciso 8 del Código Penal justifica el comportamiento típico –mal necesario menor– en virtud de que tal conducta salvaguarda el interés más importante –el cumplimiento del deber–. El segundo punto de vista argumenta que la eximente objeto de comentario pone de manifiesto que un comportamiento que es lícito para una rama del derecho no puede ser considerado, al mismo tiempo, antijurídico por otra.

4 Contra el criterio del interés preponderante se ponen en tela de juicio dos cosas. Por un lado, se afirma que este principio resulta insuficiente, porque la preponderancia de un determinado interés no tendría eficacia alguna en todos

(2) Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español*. Tomo II, p. 290.

(3) Es de la misma opinión, Olmedo Cardenete, M., "Comentario al Art. 20 inciso 7 del Código Penal español". En: Cobo del Rosal, M. (director), *Comentarios al Código Penal*. Tomo II, pp. 500-501.

(4) Así, Velásquez Velásquez, F., *Manual de Derecho penal. Parte general*, p. 348. En el Perú es partidario de esta postura Salinas Siccha, R., "Obrar en cumplimiento de un deber". En: *Código Penal comentado*, Tomo I, p. 785.

los supuestos donde existen colisión de dos deberes iguales; aquí, la conducta será lícita por el solo hecho de que el sujeto da cumplimiento a cualquiera de tales deberes que entran en colisión(5). Por otro lado, se sostiene que aunque el sujeto actúa cumpliendo un deber de rango superior o igual o en el ejercicio legítimo de un derecho, su conducta será ilícita si implica un grave atentado a la dignidad de la persona humana(6). Por su parte, en contra de la teoría de la unidad del ordenamiento jurídico se sostiene que esta, por sí sola, no puede imponer que lo lícito en un sector del derecho lo sea también en todo el resto del ordenamiento jurídico, ya que no todo lo lícito para el Derecho penal también es lícito para las demás ramas del derecho(7).

Para superar las objeciones realizadas a los dos planteamientos anteriores, últimamente se ha postulado que el fundamento de la causa de justificación aquí estudiada hunde sus raíces en la *función de última ratio que le compete al Derecho penal* dentro del conjunto unitario del ordenamiento jurídico(8). En este contexto, para que un deber o un derecho extrapenales puedan justificar un hecho castigado por la ley penal, ha de entenderse que el ordenamiento jurídico mantiene la exigencia del deber o la existencia del derecho pese a la prohibición general que el Derecho penal prevé de la conducta debida o permitida. No cabe otra interpretación, porque si la ley penal general derogara a la norma no penal que consagra el deber o derecho, estos desaparecerían y con ello la causa de justificación que impide su sanción penal. En definitiva, con razón, se ha señalado que el principio de *ultima ratio* del Derecho penal informa lo siguiente: como la rama punitiva castiga solo los hechos más graves, es perfectamente posible que un comportamiento sea penalmente lícito pero constituya, al mismo tiempo, una infracción civil o administrativa; y, del mismo modo, una conducta permitida o prohibida por otra rama del ordenamiento jurídico no puede ser, respectivamente, prohibida o permitida por el Derecho penal(9). 5

Lo expuesto ilustra que el inciso 8 del artículo 20 está orientado a solucionar los conflictos de leyes que se presentan cuando un hecho, al mismo 6

(5) Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español*. Tomo II. *Op. Cit.*, p. 291.

(6) Ídem.

(7) Sobre esta cuestión, Mir Puig señala que "Si lo lícito de un sector no penal del derecho no puede al mismo tiempo castigarse por el Derecho penal es por algo más que la unicidad del ordenamiento jurídico". Cfr. Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general*, pp. 475-476.

(8) Ibídem, p. 476.

(9) Este es el parecer de Mir Puig cuando señala: "(...) lo no prohibido penalmente no significa que debe ser permitido en el resto del derecho, ni que lo que se oponga a una ley no penal deba ser también contrario a la ley penal, ni que todo lo prohibido bajo pena deba estar prohibido también por el resto del ordenamiento jurídico". *Vide* Ibídem, p. 475. Asimismo, Sánchez García, M., *Ejercicio legítimo de un cargo y uso de armas por la autoridad*, p. 77.

tiempo, se halla previsto como delito en una ley penal y como debido o permitido en otra norma jurídica extra penal. En esta situación, la solución que adopta el inciso 8 del artículo 20 es a favor de la norma no penal[10]; por eso, la consecuencia es que la conducta no es considerada como antijurídica.

III. Contenido del artículo 20, inciso 8

7 El contenido del artículo 20, inciso 8 está relacionado con cinco supuestos: a) disposición de la ley, b) cumplimiento de un deber, c) ejercicio legítimo de un derecho, d) ejercicio de un oficio y, e) ejercicio de un cargo. Sin embargo, la ley, el oficio y el cargo solo se toman en consideración como fuentes del cumplimiento de deberes o del ejercicio legítimo de derechos. En consecuencia, *stricto sensu*, el contenido del artículo 20, inciso 8 está relacionado a la distinción de dos cuestiones: por un lado, a la diferencia entre deberes y derechos y, por otro, al hecho de si los deberes y derechos surgen de la ley, de un oficio o de un cargo.

8 De otro lado, cabe indicar que el contenido del inciso 8 del artículo 20 no se encuentra vinculado al cumplimiento de deberes que devienen de las órdenes emitidas por autoridad competente en el ejercicio de sus funciones. Y, es que, los deberes que emanan de la orden impartida por una autoridad en el ejercicio de sus funciones se encuentran regulados en el artículo 20, inciso 9. En consecuencia, el desarrollo del contenido del precepto en cuestión solo está restringido al cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho que emanan de la ley, del ejercicio de un oficio, y, del desempeño de un cargo.

1. Cumplimiento de un deber

9 En la eximente de cumplimiento de un deber se encuentran importantes instituciones normativas, las cuales necesitan ser precisadas a efectos de que pueda ser comprendida cabalmente. Estas instituciones son: la naturaleza jurídica y axiológica del cumplimiento de un deber, los requisitos normativos que le otorgan eficacia y el ámbito de aplicación.

1.1. Naturaleza jurídica

10 Sobre esta problemática, doctrinalmente existen dos posiciones encontradas: la primera, sostiene que el cumplimiento de un deber no es una causa de justificación, sino una causa de atipicidad, mientras que la segunda –el sector

(10) Ídem.

mayoritario[11], al cual me adhiero–, postula que el cumplimiento de deberes que emana de la ley, por regla general, es una causa de justificación, ya que los comportamientos debidos se subsumen objetiva y subjetivamente en el tipo penal correspondiente. Dicho de otro modo, según la doctrina mayoritaria, los comportamientos que se realizan en cumplimento de un deber no son causas de atipicidad, sino de justificación por cuanto cumplen todos los elementos normativos (objetivos y subjetivos) que prescribe el tipo penal. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto que un funcionario de prisiones, dando cumplimiento a una sentencia condenatoria, priva a un ciudadano de su libertad personal mediante el encarcelamiento. En este caso, el comportamiento de dicho funcionario cumple con los elementos normativos de la imputación objetiva y subjetiva del delito de secuestro; sin embargo, se encuentra justificado por el inciso 8 del artículo 20 del CP.

Dilucidada esta cuestión, cabe precisar que en el cumplimiento de un deber, generalmente, concurren la disposición de la ley y el desempeño de un cargo, en virtud de que el cumplimiento de los deberes que se establecen en la ley está vinculado a quienes desempeñan un cargo[12]. En efecto, el cumplimiento de los deberes legales que implican la lesión típica de bienes jurídicos siempre está vinculado al desempeño de determinados cargos que ostentan quienes se encuentran inmersos en la estructura y funcionamiento del Estado. En este rubro, se encuentran los miembros de la Policía Nacional, los jueces, los fiscales, los funcionarios de prisiones, los miembros de las Fuerzas Armadas[13]. Cualquiera de estos cargos obliga a adoptar medidas lesivas de bienes jurídicos ajenos en determinados supuestos. Así, está justificado por el inciso 8 del artículo 20 el caso en que un agente de policía detiene a un ciudadano en flagrancia delictiva[14] o porque reúne elementos razonables de ser el autor o partícipe de un delito[15]. De la misma manera, están justificadas las resoluciones judiciales que legalmente afectan la libertad (por ejemplo, las sentencias condenatorias, las resoluciones que ordenan el internamiento de una persona en un hospital psiquiátrico para su curación, las resoluciones que ordenan una detención preventiva)[16]. En el caso de los funcionarios de prisiones, están justificadas las medidas coactivas y de violencia que se ejercen para mantener

11

(11) Jakobs, G., *Derecho penal. Parte general*, p. 548 ss.; Cobo del Rosal, M. / Vives Antón, T., *Derecho penal. Parte general.*, p. 435.
(12) Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 478.
(13) Ibídem, p. 479.
(14) Ibídem, p. 478.
(15) Cuello Contreras, J., *Derecho penal español. Parte general*, p. 891.
(16) *Vide* Jescheck, H., *Tratado de Derecho penal. Parte general*, p. 351.

el orden dentro del centro penitenciario. Finalmente, en lo que concierne a las Fuerzas Armadas, está justificada la sanción disciplinaria impuesta a un soldado, etc.

12 Como puede observarse –y mirando de manera retrospectiva a lo ya apuntado anteriormente–, en todos los supuestos analizados el ejercicio del cargo está unido al ejercicio de coacción, pues es necesario para hacer cumplir los preceptos jurídicos vigentes del Estado de Derecho[17]. Dichas medidas coactivas se subsumen, por regla general, en los tipos penales de coacciones, secuestro, lesiones, allanamiento de morada, etc. Sin embargo, su licitud viene dada por una ley que opera como causa de justificación.

1.2. Requisitos

13 A nivel doctrinal y jurisprudencial existe consenso respecto de que la eximente completa de quien obra en el cumplimiento de un deber está sujeta a dos clases de requisitos normativos: los de naturaleza objetiva y los de naturaleza subjetiva.

a) Requisitos objetivos

14 Dentro de los requisitos objetivos de la eximente relacionada al cumplimiento de un deber se invocan las instituciones de *necesidad, oportunidad* y *el estatus jurídico* de quien realiza la conducta típica.

15 En función del requisito de la necesidad (también denominado *proporcionalidad o congruencia*), se señala que el ejercicio de la coacción o violencia debe ser *conditio sine qua non* para alcanzar el cometido del respectivo deber; de manera que si el deber puede ser cumplido sin el ejercicio de violencia o coacción las lesiones típicas de bienes jurídico-penales no quedarán exentas de responsabilidad penal, porque, en el mejor caso, se aplicará una eximente incompleta, es decir, solo se disminuirá la pena (Art. 21 CP). Ahora bien, con razón, se sostiene que el requisito de necesidad se expresa en dos ámbitos: a nivel abstracto y a nivel concreto. En el ámbito abstracto, el requisito de necesidad (o proporcionalidad) implica que, *ex ante,* debe ser indispensable la realización de conductas típicas, para el cumplimiento del deber. Con ello, este requisito estará ausente cuando no es preciso recurrir a la lesión de bienes jurídicos para dar cumplimiento a los deberes que emanan de la ley y/o del desempeño de

(17) Roxin, C., *Derecho penal. Parte general*, p. 734.

un cargo[18]. Por su parte, el requisito de necesidad en el ámbito concreto significa que, una vez determinada la realización de conductas típicas, el agente debe emplear el medio más adecuado para lograr cumplir con su deber. En este contexto, no concurrirá el requisito de necesidad a nivel concreto cuando siendo preciso el ejercicio de una cierta violencia para cumplir con su deber –por ejemplo, el uso de la fuerza corporal– el agente policial usa su arma[19]. Por el contrario, sí quedará justificado por la eximente prevista en el inciso 8 del artículo 20 el supuesto en que durante una persecución policial –en la que los presuntos delincuentes que están siendo perseguidos disparan a la Policía para lograr su huida– un efectivo de la Policía Nacional lesiona[20] o mata[21] a un presunto delincuente mediante un disparo con su arma reglamentaria.

16 En lo que concierne al requisito de la oportunidad, tanto la doctrina como la jurisprudencia refieren que el cumplimiento de un deber mediante la realización de conductas típicas, solo queda justificado extrapenalmente en la medida en que la realización de tales comportamientos sea oportuna. Ello, ha originado que un sector de la doctrina postule que el cumplimiento del deber –y la consiguiente lesión típica de bienes jurídicos– debe significar la evitación de un daño más grave e irreparable que traería su incumplimiento[22]. En nuestra opinión, en el trasfondo de este requisito, en puridad, subyace el principio de subsidiariedad que exige que el medio utilizado por el agente sea idóneo y adecuado. En este sentido se pronuncia Portilla Contreras[23] cuando señala que el criterio de oportunidad significa "no solo la idoneidad y adecuación del medio empleado, sino también la previa llamada de atención a los sujetos a los que va dirigida la coacción". Así las cosas, la lesión típica de bienes jurídicos estará justificada, en primer lugar, cuando, por ejemplo, el sujeto se resiste violenta y contumazmente a la detención; en segundo lugar, cuando anteladamente el ostentador del deber haya realizado intimaciones o advertencias

(18) Olmedo Cardenete, M., "Comentario al Art. 20 inciso 7 del Código Penal español". *Op. Cit.*, p. 519.

(19) Ibídem, p. 520.

(20) Ejecutoria Suprema de 21/04/98, Exp. N° 2683-98, Lima.

(21) Cfr. Ejecutoria Suprema de 12/06/98, Exp. N° 4075-97, Lima. Aquí se señala: "Que, conforme se advierte, el fallecimiento del agraviado se produjo en circunstancias en que el encausado, en cumplimiento de un operativo policial de persecución de presuntos delincuentes se vio obligado a disparar contra el occiso, el mismo que en su huida efectúo varios disparos al patrullero donde se encontraba el encausado conjuntamente con otros efectivos policiales, por lo que en el caso se aprecia que la acción realizada por él efectivo policial se ampara en las causas de justificación (...) del obrar en cumplimiento de un deber, prevista en el inciso 8 del Art. 20 del Código Penal".

(22) Portilla Contreras, G., "El ejercicio legítimo un cargo como manifestación del cumplimiento del deber". En: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* N° 13, p. 194.

(23) *Vide* Ibídem, pp. 158-159.

previas al sospechoso para que deponga su comportamiento contrario a la acción policial. *A sensu contrario*, los comportamientos que no reúnen este requisito –v. gr., la lesión de la integridad física con un disparo de arma de fuego sin conminaciones previas, con la finalidad de capturar al sospechoso– no quedarán eximidos de responsabilidad penal[24], ya que se encuentran fuera de los alcances del inciso 8 del artículo 20 del Código Penal.

17 Lo expuesto anteriormente nos conduce a ocuparnos del tercer requisito: el *estatus jurídico* de quien actúa amparado por tal eximente, puesto que el cumplimiento de un deber está relacionado solo a quienes son portadores de determinadas competencias de ejercer violencia, coacción, etc. Pues bien, ¿quién cumple tal estatus jurídico en el sentido del inciso 8 del artículo 20 del Código Penal? La respuesta a esta interrogante se encuentra en la distinción de las fuentes de donde emanan estos deberes: la *ley* y el *oficio*. Según nuestro punto de vista, a los deberes que surgen de la ley están vinculados los administradores de justicia (por ejemplo, jueces y fiscales), los miembros de la Policía Nacional, los miembros de las Fuerzas Armadas, los funcionarios de prisiones, y en general todos aquellos funcionarios o servidores públicos que se encuentran dentro de los alcances del artículo 425 del Código Penal. Sobre esta cuestión, un sector de la doctrina considera que también está vinculado a esta clase de deberes el personal de compañías de seguridad que prestan sus servicios a instituciones públicas[25]. De esta manera, estarían exentos de responsabilidad penal por el cumplimiento de un deber establecido en la ley los vigilantes que custodian los diversos edificios donde funcionan las instituciones públicas (v. gr., Poder Judicial, Ministerio Público, Ministerio de Justicia, etc.).

18 Por nuestra parte, a los efectos de la eximente de *cumplimiento de un deber proveniente de la ley*, sostenemos que el personal perteneciente a empresas privadas de seguridad que prestan sus servicios a instituciones públicas no ostenta el estatus jurídico de autoridad o funcionario público, pues carecen

(24) Es del mismo parecer, Olmedo Cardenete, M., "Comentario al artículo 20 inciso 7 del Código Penal español". *Op. Cit.*, pp. 532-533.

(25) En efecto, este sector teórico señala que el cumplimiento de un deber nos remite fácilmente al ámbito de las actuaciones de funcionarios, aunque no exclusivamente puesto que, en principio, no hay por qué descartar a otros sujetos que pueden encontrarse en situaciones parecidas (por ejemplo, los vigilantes privados dentro de las misiones que legalmente se les permiten). Cfr. Quintero Olivares, G., *Curso de Derecho penal. Parte general*, p. 378; Suay Hernández, C., "Intervención de los Servicios de Seguridad Privada en materia de Seguridad Ciudadana (Comentario al artículo 17.3 de la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana desde la perspectiva de la Ley 23/1992 de 30 de julio, de Seguridad Privada). En: *Anuari del Departament de Ciència Política i Dret Públic de la Universitat Autònoma de Barcelona*, pp. 131-132. Sánchez García, M., *Ejercicio legítimo de un cargo y uso de armas por la autoridad. Op. Cit.*, p. 215.

de competencia para controlar el orden público[26]. Sin embargo, ello no significa que no estén amparados por esta causa de justificación, pues si bien no cumplen un deber derivado del estatus de autoridad o funcionario, sí actúan en cumplimiento de un deber derivado de su oficio; en consecuencia, también se encuentran amparados por tal eximente. En este mismo estatus jurídico (cumplimiento de un deber proveniente del ejercicio de un oficio) también se encuentra el personal de Serenazgo, pues la normativa que rige el desempeño de dicha institución establece que el Serenazgo solo brinda un servicio municipal en apoyo a la Policía Nacional en materia de la seguridad ciudadana, lo cual significa que de ninguna manera puede asumir funciones o competencias conferidas a los custodios del orden público. Por último, también están protegidos por la eximente "cumplimiento de un deber dimanante del ejercicio de un oficio" los vigilantes que prestan servicio de seguridad a empresas privadas[27], por ejemplo, los vigilantes de instituciones bancarias, centros comerciales, etc.

Ahora bien, para que se cumplan los requisitos de la eximente analizada 19
(supuestos justificados por el Art. 20, inc. 8), es preciso que el actuante realice las conductas típicas conforme a los principios de actuación establecidos en los cuerpos normativos extrapenales correspondientes. Así, las conductas típicas realizadas por los efectivos de la Policía Nacional deben estar enmarcadas dentro de los alcances y fines normativos diseñados por la Constitución Política (Art. 166[28]) y por el Reglamento de la Policía Nacional; del mismo modo, las resoluciones judiciales y los dictámenes fiscales que afectan la libertad de las personas deben ser emitidos conforme a lo estipulado por la Constitución Política (Arts. 139 inc. 5[29] y 159 inc. 5[30]), el Código de Procedimientos Penales, el Código Procesal Penal (Art. 135) y las respectivas Leyes Orgánicas del Poder Judicial (por ejemplo, Art. 184, inc. 2[31]) y del Ministerio Público (v. gr., Arts. 94 y 95). Por su parte, las medidas lesivas desplegadas

(26) Olmedo Cardenete, M., "Comentario al Art. 20 inciso 7 del Código Penal español". *Op. Cit.*, p. 518.
(27) Ídem.
(28) El artículo 166 de la Constitución establece que "La Policía Nacional tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado. Previene, investiga y combate la delincuencia".
(29) Este precepto señala que las resoluciones judiciales deben ser motivadas y por escrito en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.
(30) Según este dispositivo constitucional, corresponde al Ministerio Público "Ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte".
(31) En este dispositivo se estipula que los jueces tienen el deber de: "Administrar justicia aplicando la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada por las partes o lo haya sido erróneamente".

por miembros de las Fuerzas Armadas tienen que sujetarse a lo prescrito por la Constitución (Art. 168[32]) y la Ley Orgánica del sector.

b) Requisitos subjetivos

20 El cumplimiento de los requisitos subjetivos exige que el agente que obra en cumplimiento de un deber (v. gr., funcionario, miembro de la Policía Nacional, etc.) conozca que el comportamiento típico que realiza lo hace en cumplimiento de la ley o de su deber, de lo contrario –si el agente no conoce o conociendo actúa motivado por otros móviles–, su comportamiento no quedará exento de responsabilidad penal, es decir, será típico y antijurídico.

2. Ejercicio legítimo de un derecho

21 Existe consenso en la doctrina penal en torno a que el ejercicio legítimo de un derecho es una causa de justificación, en virtud de la cual el comportamiento típico del que obra amparado por dicha eximente no es antijurídico. De esta manera, pese a que la tipicidad de la conducta permanece intacta, el titular del obrar referido queda eximido de responsabilidad penal, debido a que el ordenamiento jurídico en su conjunto superpone la vigencia del ejercicio legítimo de un derecho subjetivo en desmedro de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídico-penales. A nuestro juicio, ello es compatible con la coherencia intrasistemática que debe guardar todo ordenamiento jurídico y con la intervención mínima que caracteriza al Derecho penal del Estado Social y Democrático de Derecho. En efecto, no se puede hacer jurídico-penalmente responsables –y, en consecuencia, aplicar una pena– a quienes el propio ordenamiento jurídico (de naturaleza extrapenal) les reconoce un determinado derecho y su ejercicio correspondiente, porque ello constituiría una intolerable contradicción del sistema jurídico que nuevamente nos conduciría al *bellum omnium contra omnes*[33]. De otro lado, la esencia de intervención mínima del sistema punitivo impide que se criminalicen aquellos comportamientos que no constituyen un atentado al sistema social, pues ello implicaría un grave menoscabo de los propios fundamentos del Estado de Social de Derecho.

22 Son muchos los supuestos comprendidos en esta eximente, sin embargo, solo nos limitaremos a analizar los casos más problemáticos que suelen abordarse

(32) Este artículo, entre otras cuestiones, señala que las Fuerzas Armadas tienen sus propias medidas disciplinarias.

(33) Así, Feijóo Sánchez, J., *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995*, p. 40.

en el estudio de esta causa de justificación. En primer lugar, examinaré los supuestos que están relacionados con el ejercicio del derecho de corrección; a continuación, dilucidaré aquellos comportamientos que emanan del ejercicio del oficio de la abogacía; en tercer lugar, me ocuparé de los supuestos que están vinculados al desempeño profesional del médico; en cuarto lugar, me referiré al ejercicio de la profesión del periodismo.

2.1. Ejercicio legítimo del derecho de corrección

En el ordenamiento jurídico-peruano el ejercicio legítimo de corrección de 23
los hijos está regulado en varios cuerpos normativos extrapenales. Entre estos se pueden mencionar la Constitución, el Código Civil y el Código de Niños y Adolecentes. En lo que concierne a la Constitución Política, el derecho de corrección que asiste a los padres está consagrado en los artículos 6 y 13. Así, el segundo párrafo del Art. 6 señala que "Es deber y derecho de los padres (...) educar a sus hijos (...)"; por su parte, el artículo 13 prescribe que "(...) Los padres de familia tienen el deber de educar a sus hijos y el derecho de (...) participar en el proceso educativo". El mismo tenor sigue el texto del Art. 423 del Código Civil cuando establece: "Son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad (...) 2.- Dirigir el proceso educativo (...) 3.- Corregir moderadamente a los hijos y, cuando esto no bastare recurrir a la autoridad judicial solicitando su internamiento en un establecimiento dedicado a la reeducación de los menores". De la misma manera, el inciso "d" del artículo 74 del Código de Niños y Adolescentes refiere que son deberes y derechos de los padres "Darles buenos ejemplos de vida y corregirlos moderadamente. Cuando su acción no bastare podrán recurrir a la autoridad competente".

Como puede observarse, en la naturaleza constitucional y legal del derecho 24
de corrección que tienen los padres para con sus hijos subyacen dos cuestiones que merecen precisarse. La primera problemática está relacionada con el carácter vinculante que reviste el ejercicio legítimo del derecho de corrección, según el cual nadie –ni siquiera la autoridad– puede interferir con que los padres de familia recurran a medidas correctivas para llevar adelante una correcta formación educativa de sus hijos. Esta es una de las razones por la que el Derecho penal tampoco está legitimado material y axiológicamente para imponer penas a los padres de familia que, mediante medidas correctivas, restringen levemente ciertos bienes jurídico-penales de sus hijos, en pro de su formación educativa. Y, es que, si el Derecho penal interviniera en los ámbitos de libertad de los padres de familia por el simple hecho de que estos corrigen racionalmente a sus hijos no solo se quebrantaría el derecho

y el deber constitucionales de participar en la educación de sus hijos, sino que se destruirían más familias de las que pacificarían[34].

25 La segunda problemática, por su parte, está referida a los requisitos del derecho de corrección, siendo estos los que se encuentran contemplados en la institución de la patria potestad (la moderación y la necesidad). Conforme a estos requisitos, solo forman parte del ejercicio legítimo de corrección aquellas medidas que son necesarias para la formación educativa, es decir, las conductas que, lejos de menoscabar el libre desarrollo de la personalidad, contribuyen a la formación moral y jurídica que corresponden al buen ciudadano. Esto, significa que el derecho de corrección tiene que ejercerse de forma racional y moderada, o sea, de conformidad con los factores culturales[35], del medio social, de la edad del menor, etc., pero sin incurrir en excesos que se encuentran al margen de la ley. En este contexto, están justificadas por el derecho de corrección las privaciones de libertad que tienen una leve afección, las amenazas y coacciones, las bofetadas y, en general, todas aquellas conductas que resultan necesarias y adecuadas al fin correccional[36]. Así, por ejemplo, queda justificado por el ejercicio legítimo de corrección (Arts. 6 y 13 de la Constitución, Art. 423 del CC y Art. 74 del Código de Niños y Adolescentes) el supuesto en que los padres no dejan salir de su casa a su hijo de 12 años por un periodo de corta duración, como medida correctiva por haber ido a una discoteca sin autorización. Como se observa, en este supuesto es innegable que existe una afectación de la libertad del menor, sin embargo tal afectación no solo es leve y necesaria para su correcta educación, sino que está permitida por los preceptos constitucionales y legales referidos.

26 Es preciso señalar que el derecho de corrección, como causa de justificación, se extiende también a los tutores respecto de sus tutelados. Es decir, también están amparados por la eximente en estudio los tutores que realizan ciertas conductas típicas mediante el despliegue de medidas correctivas que están orientadas a contribuir en la educación de sus pupilos o tutelados. Lo expresado tiene su fuente legal en el Art. 526 del Código Civil, pues en dicho precepto se prescribe que "el tutor tiene el deber de alimentar y educar al menor de acuerdo a la condición de este (...)". Por lo demás, el derecho de corrección que asiste a los tutores respecto de sus tutelados se rige por los

(34) Roxin, C., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 752: "Si se quisiera movilizar aquí al Derecho penal por cada bofetada motivada por faltas graves serían más las familias destrozadas que las pacificadas".

(35) Así, Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 485.

(36) Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español.* Tomo II. *Op. Cit.*, p. 311.

mismos requisitos o elementos normativos que regulan el derecho de corrección de los padres de familia. En efecto, el artículo 526 del Código Civil establece que los deberes de alimentación y educación que competen a los tutores "(...) se rigen por las disposiciones normativas relativas a la patria potestad bajo la vigilancia del Consejo de Familia"[37].

Una cuestión de singular importancia es la referida a las medidas disciplinarias y correctivas que se establecen en los centros educativos. Hasta hace muy poco, la doctrina nacional y extranjera sostenía que a los profesores les asistía el derecho de corrección para con sus alumnos, de manera que quedaban justificados los castigos moderados que tenían como finalidad la educación. El argumento principal de esta posición consistía en señalar que tales castigos se encontraban adecuados socialmente, en virtud de que formaban parte del Derecho consuetudinario. En la actualidad, existe consenso en que los profesores no poseen derecho de corrección alguno hacia sus alumnos, ya que el propio Derecho consuetudinario –que en décadas pasadas contemplaba el derecho de corrección de los profesores– se expresa en sentido opuesto: se opone a que los maestros de escuelas primarias o secundarias impongan castigos a los alumnos como medidas educativas[38]. Hoy por hoy, ya no se encuentran adecuados socialmente los castigos de los profesores, por más que tengan una finalidad educativa. En estas circunstancias, somos partidarios de que los castigos empleados por los profesores para corregir a los alumnos sin el consentimiento de los padres no están amparados por el derecho de corrección y, en consecuencia, no se encuentran eximidos de responsabilidad penal cuando tales castigos están calificados como delitos. 27

Dicho esto, es momento de precisar una tercera cuestión: el error sobre los elementos objetivos y subjetivos que constituyen esta eximente. La problemática de esta cuestión se dilucida por los institutos normativos del Art. 14 del Código Penal que regula el error de tipo. Conforme a este precepto, el error invencible excluye la responsabilidad penal, mientras que el error vencible conduce a sancionar la conducta como culposa siempre que aquella se encuentre prevista como tal en la ley. Por último, cabe indicar con MIR PUIG, que "*sin finalidad educativa* no cabe exención completa ni incompleta"[39]. 28

(37) De esta manera, siguiendo la regulación del Código Civil español CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español*. Tomo II. *Op. Cit.*, p. 311.
(38) ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 756.
(39) MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 486.

2.2. Ejercicio legítimo de la profesión de abogado

29 El ejercicio legítimo de la profesión de abogacía es un derecho fundamental que se encuentra consagrado en la Constitución política de 1993, pues el inciso 15 del artículo establece que "Toda persona tiene derecho a trabajar libremente con sujeción a la ley". Conforme a este precepto, todos los ciudadanos que trabajan con arreglo a la ley no pueden ser objeto de restricciones, y ello, aunque el ejercicio de dicha actividad laboral lesione bienes jurídico-penales. Pues bien, según este prisma, el profesional en Derecho también goza de libertad para ejercer su oficio de abogado dentro del marco legal correspondiente, lo cual implica que ningún abogado puede ser hecho responsable jurídico-penalmente cuando, obrando de conformidad con las normas jurídicas, lesiona bienes jurídicos tutelados por el Derecho penal. La razón estriba en que, según el inciso 15 del artículo 2, no cabe realizar restricciones de ningún tipo (v. gr., de índole administrativa, penal, etc.) al derecho a trabajar cuando este se ejerce conforme a la ley.

30 Otra disposición constitucional que ampara el ejercicio legítimo de la abogacía es el inciso 14 del artículo 139, el cual, bajo la fórmula del derecho de defensa que le asiste a toda persona, prescribe que es un principio y derecho de la función jurisdiccional "El no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso (...)". La lectura de este precepto constitucional es que el ordenamiento jurídico, para garantizar un debido proceso a aquellas personas que están inmersas en un proceso judicial –incluso a aquellas que solo han sido detenidas preventivamente sin la existencia de un proceso–, justifica el menoscabo de ciertos bienes jurídico-penales por los abogados defensores. La razón estriba en que, el correcto ejercicio de la abogacía –y, por tanto, un cabal derecho de defensa tanto de quienes se encuentran sometidos a un proceso judicial como de quienes son detenidos preventivamente o en flagrancia delictiva–, a veces (excepcionalmente), conlleva la configuración formal y material de comportamientos que se encuentran previstos como delitos. De ahí en más, la justificación de las conductas típicas que configuran los abogados en el ejercicio de la defensa de sus clientes es una exigencia de tres instituciones referidas *supra*: 1°) *principio del interés predominante* (que aquí se expresa en la predominancia de los derechos a la libertad de trabajo y de defensa sobre el honor), 2°) *principio de unidad del ordenamiento jurídico* (que se manifiesta en la coherencia entre la garantía del derecho de defensa y la no criminalización de tal derecho que se realiza conforme a ley) y 3°) *principio de última ratio* (expresado aquí en la no intervención del Derecho penal en conflictos que no causan una conmoción social y que son solucionados por otros sectores del ordenamiento jurídico).

A nivel legal, el ejercicio legítimo de la profesión de abogacía y la consiguiente no restricción de tal profesión por el Derecho penal se encuentran regulados en el artículo 133 (inc. 2) del Código Penal, el cual señala que no constituyen conductas típicas de injuria ni difamación las "Ofensas proferidas con ánimo de defensa por los litigantes, apoderados o abogados en sus intervenciones orales o escritas ante el juez". Como se observa, esta disposición del Código Penal no solo justifica las conductas ofensivas realizadas por el abogado en el ejericio de su profesión, sino incluso las declara atípicas, es decir, las subsume dentro del riesgo permitido. 31

Como ejemplos de las conductas típicas que configuran los abogados en el ejercicio del derecho de defensa de sus patrocinados se pueden citar a la injuria (Art. 130), la difamación (Art. 132) y la calumnia (Art. 131). En efecto, existen situaciones en que los abogados, para defender a sus clientes, hacen afirmaciones que son objetiva y subjetivamente injuriosas, difamantes o calumniosas, por cuanto menoscaban el honor de las personas. Sin embargo, como correctamente sostiene CEREZO MIR, tales conductas están exentas de responsabilidad penal por la eximente del "ejercicio legítimo de un derecho", en este caso, el ejercicio del derecho de defensa y el derecho a ejercer la abogacía sin restricciones arbitrarias. Ahora bien, es de precisar que solo están justificadas las conductas típicas de los abogados que se rigen por los criterios de necesidad y racionalidad, es decir, solo las conductas típicas que son *conditio sine qua non* para el ejercicio del derecho de defensa y del oficio de la abogacía. Solo en esa medida, está exento de responsabilidad penal el abogado que profiere expresiones deshonrosas para defender eficazmente los intereses de sus clientes(40). 32

2.3. Ejercicio legítimo del oficio de médico

Como señalábamos *supra* al iniciar este comentario sobre el inciso 8 del artículo 20 CP, el ejercicio legítimo de un oficio está relacionado con el cumplimiento de determinados deberes y con el ejercicio de ciertos derechos, por lo que resulta coherente afirmar que la causa de justificación que exime de responsabilidad penal al profesional médico que desarrolla su oficio o profesión en estricto cumplimiento de su deber o ejercicio de su derecho se fundamenta en las mismas razones que fundamentan todas las causas de justificación contempladas en el inciso 8 del artículo 20. Respecto a sus requisitos, se sostiene que la exención completa de responsabilidad penal emanada de esta 33

(40) CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español*. Tomo II. *Op. Cit.*, p. 313.

causa de justificación requiere[41]: a) estar legalmente habilitado para desempeño de una profesión u oficio[42], b) la intervención debe ser indicada y realizada con el cuidado objetivamente debido, c) el consentimiento del paciente, de sus representantes legales o de sus familiares o personas a él allegadas, en caso de imposibilidad o incapacidad para otorgarlo válidamente.

34 Precisados el fundamento y los requisitos, es momento de referirnos brevemente a los supuestos en los que el personal sanitario realiza conductas típicas, pero están eximidas de responsabilidad penal en virtud de la operatividad de la causa de justificación en estudio.

35 En primer lugar, constituyen conductas típicas que quedan eximidas de responsabilidad penal, en virtud de que se actúa amparado por el cumplimiento de un deber emanante del oficio de médico, los tratamientos terapéuticos obligatorios o coactivos, o las vacunas obligatorias para hacer frente a enfermedades infecto-contagiosas[43] o enfermedades mentales. Aquí, el médico configura la conducta típica de coacción (Art. 151), y posiblemente secuestro (Art. 152), etc., pero actúa amparado por la causa de justificación de obrar en cumplimiento de un deber[44]. *A sensu contrario*, si no concurren los requisitos de la eximente de obrar.

36 En segundo lugar, se encuentran las conductas típicas que están justificadas por la eximente de obrar en el ejercicio legítimo de un derecho. Aquí se ubican los supuestos de lesiones corporales cuando las intervenciones no se realizan para curar al intervenido, sino para curar a una tercera persona, como sucede en las transfusiones de sangre y en los trasplantes de órganos. En este tipo de intervenciones, la conducta del médico, en relación con el donante, siempre configura el tipo (objetivo y subjetivo) de las lesiones corporales dolosas[45]. Lo mismo sucede generalmente en las intervenciones de cirugía estética[46], donde

(41) Al respecto véase, Cobo del Rosal, M. / Vives Antón, T., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, pp. 446-447; Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español*. Tomo II. *Op. Cit.*, p. 320; Olmedo Cardenete, M., "Comentario al Art. 20 inciso 7 del Código Penal español". *Op. Cit.*, pp. 589-590.

(42) Para ello es preciso que posea el título, expedido o reconocido en Perú y esté inscrito en un Colegio de Médicos. La persona que ejerza la medicina sin estar legalmente habilitada para ello no solo no podrá estar amparada en la causa de justificación del número 8 del artículo 20, sino que podrá incurrir, incluso, en caso de falta del título académico, en responsabilidad penal por delito de ejercicio ilegal de la medicina (artículo 290 del Código Penal).

(43) De esta manera, Rodríguez Devesa, J. / Serrano Gómez, A., *Derecho penal. Parte general*, p. 516.

(44) Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español*. Tomo II. *Op. Cit.*, p. 322.

(45) Ibídem, p. 318.

(46) Sobre las intervenciones por razones estéticas, Cerezo Mir sostiene que estas constituyen conductas típicas en virtud de que "El cirujano no trata aquí de curar a su cliente, salvo en los casos en que la fealdad o deformidad crea un complejo de inferioridad que afecta a su salud psíquica,

la finalidad no está orientada a la curación, sino a transformar la anatomía que tiene un significado social positivo[47]. Pues bien, en todos estos casos, el médico podrá invocar como causa de justificación el ejercicio legítimo de su oficio; pues, tanto en las intervenciones orientadas a realizar transfusiones de sangre y trasplantar órganos, como en la intervención estética, la legitimidad del ejercicio del oficio de médico viene determinada por el consentimiento del intervenido[48].

Finalmente, cabe indicar que todas las intervenciones médicas arbitrarias, 37
en los casos en que no se configuren los tipos de lesiones dolosas o imprudentes, pueden estar comprendidas en el tipo del delito de coacciones del artículo 151[49], y serán antijurídicas ya que en las intervenciones arbitrarias no quepa la concurrencia de los requisitos de la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber o derecho emanantes del oficio de médico.

2.4. Ejercicio legítimo del periodismo

Constitucionalmente, esta causa de justificación se fundamenta en el 38
inciso 4 del artículo 2 de la Carta Fundamental peruana de 1993[50], pues allí están consagrados los derechos fundamentales de "(...) información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, (...)". En este contexto, esta causa de justificación, surge de la necesidad de eximir de responsabilidad penal a los periodistas que en el ejercicio legítimo de su oficio o profesión realizan conductas típicas relacionadas con el menoscabo del honor de las personas. Y, es que, los actuales tipos penales contra el honor no solo criminalizan como delitos los supuestos en los que se imputan hechos falsos con pleno conocimiento (v. gr., el delito de calumnia previsto en el Art. 131), sino también los supuestos en que se atribuyen hechos, cualidades o conductas verdaderos que pueden perjudicar el honor o reputación de los ciudadanos (por ejemplo,

produciéndole una depresión". Cfr. Ibídem, pp. 318-319. Por su parte, MIR PUIG considera que en toda intervención de cirugía estética sin indicación terapéutica faltará la tipicidad "siempre que produzca un resultado que socialmente se considere positivo porque no cabrá hablar entonces de lesión, aunque no suponga una mejora de la salud". Véase MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 489.

(47) CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español.* Tomo II. *Op. Cit.*, p. 319.

(48) Ídem.

(49) *Vide* MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 490; CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español.* Tomo II. *Op. Cit.*, p. 322.

(50) De esta manera, se pronuncia la jurisprudencia peruana. Cfr. 23/04/98, Exp. N° 6500-97, Lima.

los delitos de injuria y difamación previstos en los Arts. 130 y 132, respectivamente). Como es obvio, las personas más proclives a cometer estos delitos son los periodistas, pues el ejercicio de su profesión u oficio está relacionado, a menudo, con la creación de riesgos jurídico-penales no permitidos en contra del honor de las personas. Así las cosas, el desempeño de tal profesión significaría frecuentemente la comisión de los delitos señalados.

39 Ahora bien, si el ejercicio legítimo de la profesión u oficio del periodismo tiene raigambre constitucional y es base de la democracia, sería un contrasentido sancionarlos penalmente por el simple hecho de que, en algunos casos, menoscaba el honor de las personas. Dicho de otro modo, sería incongruente que el propio ordenamiento jurídico promueva y proteja tal profesión, y, al mismo tiempo, la criminalice. Ello no solo representaría la negación de las instituciones que fundamentan las eximentes previstas en el inciso 8 del artículo 20, puesto que se pondrían en entredicho la unidad (coherencia) del ordenamiento jurídico y el principio de intervención mínima que caracteriza al Derecho penal del estado Social; sino que, además y sobre todo, implicaría la mutilación de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 2, inciso 4 de la Constitución Política. Por eso, esta causa de justificación está orientada a superar tales contingencias, de forma que los periodistas (y, en general, cualquier ciudadano) se encuentran eximidos de responsabilidad penal cuando revelan hechos concernientes al honor de las personas (sobre todo de las personas públicas) pese a que la autenticidad de los mismos no haya sido comprobada[51]. Este es el criterio que ha seguido la jurisprudencia peruana[52], cuando señala que no configuran los delitos de difamación e injuria en los supuestos de que quien cumpliendo con la obligación periodística de informar a la ciudadanía y a las autoridades propala información sobre los hechos denunciados (por ejemplo, posibles actos de corrupción[53]) por terceros, puesto que tal comportamiento se encuentra justificado por la profesión de periodista. En estos supuestos, se justifica la difusión de atribuciones que menoscaban el honor, siempre que en ello esté implicado un interés público digno de preservarse[54].

(51) Cuello Contreras, J., *Derecho penal español. Parte general. Op. Cit.*, p. 905.

(52) Así: Exp. N° 2678-97, Normas Legales, p. 722; Resolución Superior de 23/04/98, Exp. N° 6500-97, Lima.

(53) *Vide* Resolución Superior de 29/12/98, Exp. N° 4549-98, Lima.

(54) En la doctrina española es de este parecer Cuello Contreras, J., *Derecho penal español. Parte general. Op. Cit.*, p. 905. De la misma manera, la jurisprudencia peruana también es partidaria de esta postura cuando sostiene que están justificados las conductas de los periodistas que difunden información de interés nacional, ya que "(...) la prensa, al informar sobre tales hechos, no hace sino otorgar preminencia al interés comunitario frente al interés particular o individual (...)". *Vide* Resolución Superior de 23/04/98, Exp. N° 6500-97, Lima.

En este contexto, quedan justificadas, por ejemplo, la publicación de 40
rumores suficientemente contrastados, acerca de la inestabilidad emocional del ministro de Defensa que puede ser perjudicial para la seguridad del Estado. En este, caso la afección del honor del ministro está justificada por la presencia de una causa de justificación amparable en el inciso 8 del artículo 20[55].

IV. Bibliografía

CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español*. Tomo II. Tecnos, Madrid, 2004; 41
COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal. Parte general*. 4ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *Derecho penal español. Parte general*. 3ª edición. Dykinson, Madrid, 2002; FEIJÓO SÁNCHEZ, José, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995*. Colex, Madrid, 1997; JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*. Traducción de CUELLO CONTRERAS, Joaquín / SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1997; JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal. Parte general*. Traducción de MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. 4ª edición. Granada, Comares, 1993; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*. 7ª edición. B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2004; OLMEDO CARDENETE, Miguel, "Comentario al Art. 20 inciso 7 del Código Penal español". En: COBO DEL ROSAL, Manuel (director), *Comentarios al Código Penal*. Tomo II. Edersa, Madrid, 1999; PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, "El ejercicio legítimo un cargo como manifestación del cumplimiento del deber". En: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* Nº 13 (Homenaje al profesor José Antonio Sáinz Cantero). Tomo II, 1987; Quintero Olivares, Gonzalo, *Curso de Derecho penal. Parte general*. Gráficas Signo, Barcelona, 1986; RODRÍGUEZ DEVESA, José María / SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal. Parte general*. 18ª edición. Dykinson, Madrid, 1995; ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*. Traducción de LUZÓN PEÑA, Diego Manuel / DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel / DE VICENTE REMESAL, Javier. Tomo I. 1ª edición castellana. Civitas, Madrid, 1997; SALINAS SICCHA, Ramiro, "Obrar en cumplimiento de un deber". En: *Código Penal comentado*, Tomo I. Gaceta Jurídica, Lima, 2004; SÁNCHEZ GARCÍA, María, *Ejercicio legítimo de un cargo y uso de armas por la autoridad*. Bosch, Barcelona, 1995; SUAY HERNÁNDEZ, Celia, "Intervención de los Servicios de Seguridad Privada en materia de Seguridad Ciudadana (Comentario al artículo 17.3 de la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana desde la perspectiva de la Ley 23/1992 de 30 de julio, de Seguridad Privada). En: *Anuari*

(55) De manera similar, CUELLO CONTRERAS, J., *Derecho penal español. Parte general. Op. Cit.*, p. 905.

del Departament de Ciència Política i Dret Públic de la Universitat Autònoma de Barcelona. Edición correspondiente a 1992: La Ley de Seguridad Ciudadana, Barcelona. PPU, Barcelona, 1994; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *Manual de Derecho penal. Parte general*. Temis, Bogotá, 2002.

§ 20.9
Obrar por orden obligatoria de autoridad competente

ROXANNA REYES TELLO
Notaria pública
(Perú)

Sumario

		Nm	P
I.	Introducción	1	233
II.	Fundamento	3	234
III.	Naturaleza de la orden obligatoria	6	236
IV.	Requisitos	11	238
V.	Ámbito de aplicación de la obediencia debida	17	240
VI.	Excursus: ¿se puede interponer alguna causa de justificación frente a la eximente de obediencia debida?	19	241
VII.	Bibliografía	21	243

§ 20.9.- Exención de responsabilidad penal por cumplimiento de orden obligatoria de autoridad competente

"Está exento de responsabilidad penal:

(...)

9. El que obra por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones;

(...)".

I. Introducción

El Código Penal peruano en su inciso 9 del artículo 20 prescribe: "Esta exento de responsabilidad penal (...) el que obra por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en el ejercicio de sus funciones". En nuestra opinión, este inciso resulta innecesario, ya que la eximente contemplada en este inciso posee la misma naturaleza normativa de la eximente que se encuentra regulada en el inciso 8 del artículo 20 que está referida al cumplimiento de un deber. En efecto, no cabe duda de que cumple un deber relacionado con el cargo –en el sentido del inciso 8– quien obra por orden obligatoria que es emitida por una autoridad competente en el ejercicio de sus funciones[1]. De esta manera, la eximente prevista en el inciso 9 se subsume en los alcances del 1

(1) Así, CUELLO CONTRERAS, J., *Derecho penal español. Parte general*, p. 863; OLMEDO CARDENETE, M., "Comentario al Art. 20 inciso 7 del Código Penal español". En: COBO DEL ROSAL, M. (director), *Comentarios al Código Penal*, pp. 575-576.

inciso 8 y, con ello, le son aplicables las mismas reglas que rigen para el cumplimiento de un deber. Por estas consideraciones, sostenemos que el inciso 9 del artículo 20, tal como ha ocurrido con el Código Penal español de 1995, debería ser suprimido[2].

2 Sin embargo, al estar regulada la obediencia debida de forma independiente en el Código Penal peruano de 1991 (vigente) se hace necesario el tratamiento de algunas cuestiones que subyacen en dicha institución jurídica y que poseen relación directa con el fundamento, con la naturaleza y con los requisitos.

II. Fundamento

3 Hablar del fundamento de esta causa de justificación es hablar de la razón por la cual se exime de responsabilidad penal a la persona que realiza una conducta típica por el cumplimiento de una orden obligatoria. Sobre esta cuestión, la doctrina sostiene que la razón se encuentra en los propios fundamentos del Estado de Derecho, puesto que en dicho escenario jurídico-político existe el deber de obedecer las órdenes obligatorias que emanan de un órgano competente y que se hallan revestidas de las formalidades legales esenciales. Se señala que el correcto funcionamiento de la Administración Pública depende no solo de la organización institucional jerárquica, sino también del cumplimiento de las órdenes que imparten las autoridades en cada una de las instituciones que forman parte de la estructura del Estado. Así, en el contexto descrito, es preciso que la organización del Estado y el funcionamiento de la Administración Pública no resulten obstaculizados a cada momento por las simples dudas que puedan tener los subordinados acerca de la ilegalidad de las órdenes que reciben[3], sino solo cuando exista suficiente motivo para considerar manifiesta su ilegalidad.

4 Relacionado con lo anterior, como sostiene Mir Puig[4], una orden obligatoria produce un conflicto entre el bien jurídico lesionado por el cumplimiento

(2) Sobre esta cuestión, Muñoz Conde, refiriéndose a la obediencia debida que consagraba el antiguo Código Penal español en su numeral 12 del artículo 8, sostiene que "(...) tal eximente en sí misma era superflua, pues si la obediencia es realmente debida, no es necesario ningún precepto legal expreso para darle un efecto justificante que le da ya la eximente de cumplimiento del deber que, (...) es claramente una causa de justificación". Cfr. Muñoz Conde, F. / García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, p. 356.

(3) Sobre esta cuestión, Mir Puig refiere que el subordinado no puede desobedecer las órdenes de sus superiores cuando no existe una antijuridicidad manifiesta, puesto que en caso de duda no decide el subordinado, sino el superior. Cfr. Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 495.

(4) Ibídem, p. 498.

de la orden y las necesidades de funcionamiento de la Administración Pública. Este conflicto es resuelto por la ley en el sentido de menoscabar el bien jurídico a efectos de mantener vigentes la organización del Estado, el imperio de la ley, la correcta Administración Pública, etc. Aquí radica el fundamento de esta eximente –si la obediencia es debida y necesaria, esta no puede ser criminalizada–, en virtud de la cual el comportamiento típico del subordinado no es antijurídico, máxime si la desobediencia se encuentra prevista como delito en el artículo 368 del CP. Por eso, el cumplimiento de la orden obligatoria justifica el hecho típico y no solo excluye la responsabilidad penal del autor, sino que confirma que es correcto incluir la obediencia debida a órdenes no manifiestamente antijurídicas dentro de las causas de justificación(5).

Sin embargo, que el cumplimiento de una orden obligatoria se halle justificado no significa que el superior quede excluido de responsabilidad penal por la orden emitida. Este es responsable como autor mediato del injusto típico que desencadena la orden, pues utiliza al subordinado como instrumento(6). Es una figura admitida sin mayores observaciones por la doctrina penal, debido a que se trata de supuestos en los que el subordinado actúa instrumentalizado por el superior, de modo que la causa de justificación solo exime de responsabilidad penal al subordinado, pero no al superior. En efecto, el comportamiento de la autoridad competente en los supuestos de que la obediencia debida lesiona típicamente bienes jurídico-penales reúne los mismos elementos normativos que competen a la autoría mediata. De manera ejemplificativa, constituyen autoría mediata los dos supuestos siguientes: 1) un juez emite una sentencia condenatoria ilegal(7); 2) el denunciante en un proceso penal, de forma dolosa, provoca un error en el juez y logra que dicte un mandato de detención en contra del denunciado. En nuestros ejemplos, si la sentencia o el mandato de detención se ejecutan y con ello se restringe o se pone en peligro la libertad de movimiento, las conductas del juez y del particular, respectivamente, son constitutivas de autoría mediata del delito de secuestro (Art. 152 CP)(8). De esta manera, en todos los demás casos de autoría mediata en que el instrumento no realiza un tipo penal, ocurre también que la falta de antijuridicidad de su conducta no impide que la misma sea realización del hecho antijurídico del autor mediato(9).

(5) Ídem.
(6) Jakobs, G., *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, p. 551.
(7) De manera similar, Muñoz Conde, F. / García Arán, M., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 357.
(8) Así, Muñoz Sánchez, J., *El delito de detención ilegal*, pp. 237 ss., 234 ss.
(9) Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, pp. 497-498.

III. Naturaleza de la orden obligatoria

6 El parecer de la doctrina jurídico-penal sobre la naturaleza de la orden obligatoria se encuentra dividido. Un sector considera que constituyen órdenes obligatorias no solo las órdenes que se ajustan a Derecho, sino también ciertas órdenes antijurídicas[10]. Así, por ejemplo, MORILLAS CUEVA[11] sostiene que el hecho de que la orden de realizar una acción u omisión típica y antijurídica carezca de obligatoriedad no quiere decir que a efectos de la aplicación de la eximente de obrar en cumplimiento de una orden debida no existen mandatos jurídicos obligatorios. De la misma manera, MUÑOZ CONDE postula que la eximente aquí analizada no solo surge frente a las órdenes de contenido lícito, sino que tal causa de justificación también se levanta en los contextos que se cumplen determinadas órdenes obligatorias que poseen contenidos antijurídicos[12].

7 Al respecto, coincidiendo con la doctrina mayoritaria, consideramos que existen muchas objeciones sobre los postulados del primer grupo. De todas ellas, solo me referiré a dos: una de naturaleza formal y otra de índole material. La observación formal es que el ordenamiento jurídico peruano no contempla mandatos antijurídicos obligatorios[13]. En efecto, la obligatoriedad de las órdenes se basa en la presunción de validez y legalidad que acompaña al ejercicio funcional de las autoridades competentes. De esta manera, las órdenes antijurídicas no tienen validez y, por lo tanto, no revisten carácter obligatorio. Por su parte, la objeción material está dirigida a subrayar que los subordinados, y en general todos los ciudadanos, no tienen obligación de obedecer aquella orden cuyo contenido antijurídico conoce. De ahí que si la obligación no existe la conducta no es debida, y con ello, no cabe hablar de exención de responsabilidad penal (Art. 20 inc. 9) cuando la orden es antijurídica.

8 Por su parte, otro sector –al cual me adhiero– sostiene que son órdenes obligatorias solo aquellas que se encuentran dentro del marco de la juridicidad. Conforme a esta perspectiva, la naturaleza obligatoria de las órdenes está vinculada a la juridicidad objetiva que presentan *ex ante*. La declaración *ex post* de la antijuridicidad por el órgano competente es irrelevante a efectos de determinar la naturaleza obligatoria de la orden, por lo que resultan ser obligatorias todas aquellas órdenes que *ex ante* son jurídicas (que cumplen con los requisitos

(10) Ibídem, p. 494.
(11) MORILLAS CUEVA, L., *La obediencia debida. Aspectos legales y político-criminales*, pp. 81 y 87.
(12) MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, pp. 356-357.
(13) Así, VILLA STEIN, J., *Derecho penal. Parte general*, p. 370.

mínimos de competencia y forma y no sean manifiestamente contrarias a una disposición general), aunque con posterioridad puedan ser declaradas antijurídicas. Al respecto, son ilustrativas las palabras de ÁLVAREZ GARCÍA[14] y OLMEDO CARDENETE[15] cuando refieren que no son antijurídicas las órdenes que en el instante en que "se exige el acatamiento de las mismas, estas se encuentran rodeadas de una presunción de legalidad (...)"[16]. En definitiva, las denominadas órdenes antijurídicas obligatorias, en puridad, son jurídicas ya que en el momento en que se dictan estas no gozan de una manifiesta ilegalidad, sino que tan solo se da la circunstancia de que el subordinado tiene una creencia interna (fundada o no) de que lo es. Sin embargo, esta simple circunstancia no convierte a la orden en ilícita, sino que su contravención al ordenamiento solo adquiere plena relevancia jurídica una vez que ha sido declarada formalmente. En consecuencia, solo son órdenes obligatorias de imperativo cumplimiento aquellas que *ex ante* gozan de una presunción de validez y legalidad.

Lo anterior significa que la juridicidad de la orden y, por lo tanto, la obli- 9
gatoriedad de esta no radica en juridicidad intrínseca de esta, sino en su *ex ante* apariencia de legalidad (juridicidad objetiva)[17]. De este modo, aunque en sí misma la orden sea gravemente antijurídica –que constituya un delito–, esta dará lugar a una causa de justificación por cumplimiento de una orden obligatoria, debido a que en muchos casos por más grave que sea un delito, puede ser de difícil percepción para el subordinado en el momento en que recibe la orden. De forma inversa, la antijuridicidad de una orden y, en consecuencia, la punibilidad del subordinado tendrán lugar cuando, pese a no ostentar una gran gravedad en sí misma (*ex ante*) es evidente su naturaleza antijurídica[18]. Por lo tanto, como sostienen JAKOBS[19], CEREZO MIR[20] y OLMEDO CARDENETE[21], no existen mandatos antijurídicos obligatorios, sino que también

(14) ÁLVAREZ GARCÍA, F., *Delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, p. 266.
(15) OLMEDO CARDENETE, M., "Comentario al Art. 20 inciso 7 del Código Penal español". *Op. Cit.* p. 580.
(16) ÁLVAREZ GARCÍA, F., *Delito de desobediencia de los funcionarios públicos. Op. Cit.*, p. 266. También, MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 495; CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español.* Tomo II, p. 306.
(17) Ello no significa que los casos más graves de la ilegalidad de una orden no suelan resultar evidentes. Así sucederá con las órdenes de cometer un homicidio o de infligir torturas, o las de realizar delitos contra la administración de justicia y contra la Administración de Pública.
(18) Así, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español.* Tomo II. *Op. Cit.*, p. 306; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 495.
(19) JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Op. Cit.*, p. 551.
(20) CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español.* Tomo II. *Op. Cit.*, pp. 305-306.
(21) OLMEDO CARDENETE, M., "Comentario al Art. 20 inciso 7 del Código Penal español". *Op. Cit.*, p. 580.

poseen juridicidad aquellas órdenes que *ex ante* gozan de una presunción de validez y legalidad.

10 Ahora bien, lo acabado de exponer trae a colación la siguiente interrogante: ¿ante quién debe aparecer como jurídica la orden? La doctrina sigue el criterio que se utiliza en la configuración de la imputación objetiva, según el cual son el punto de vista del hombre medio ubicado imaginariamente en el momento de la acción (*ex ante*) y los conocimientos especiales del autor los criterios que deciden el carácter jurídico o antijurídico de la orden. Ello significa que deberán tomarse en cuenta dos cosas: por un lado, todos los elementos que en abstracto competen a un subordinado en el desempeño de su rol; por otro lado, todos los datos que en el caso concreto habrían posibilitado la percepción del carácter delictivo de la orden. Por estas razones, la Ley penal solo faculta al subordinado a suspender la ejecutividad del acto a pesar del juego de la presunción de legalidad del mismo, cuando su convicción acerca de su carácter antijurídico es tan sólida, como para que cualquier funcionario medio situado en esas mismas circunstancias la reconociera. Es decir, debe tratarse de una orden que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto legal o que cualquier otra disposición normativa. Por lo demás, si *ex ante* el subordinado desconocía la ilicitud de la orden su responsabilidad queda atenuada o excluida por vía del error: si el error es vencible, la conducta será calificada como delito imprudente; y si el error es invencible la conducta será impune[22].

IV. Requisitos

11 La doctrina señala que la obediencia debida tiene requisitos objetivos y subjetivos. Los requisitos objetivos serían, a su vez, de dos clases: de naturaleza formal y de naturaleza material. El de naturaleza formal estaría relacionado con la competencia de la autoridad que emite la orden y con las formalidades legales[23]; mientras que el de índole material estaría vinculado al contenido de la orden, es decir, con el aspecto fenomenológico en que se expresa la orden a los ojos del que ejecuta la orden. En tal contexto, constituirían requisitos materiales objetivos la no violación de la dignidad humana y la no

(22) Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 494.

(23) Al respecto, Muñoz Conde sostiene que son requisitos de índole formal: 1) la relación jerárquica entre el emitente de la orden y el ejecutor de la misma; b) la competencia abstracta del que da la orden; c) la competencia del subordinado para ejecutar el acto ordenado por el superior; y d) el carácter expreso y formal de la orden. Cfr. Muñoz Conde, F., *El delito de detención ilegal,* p. 357 s..

manifiesta antijuridicidad de la orden. Por su parte, los requisitos subjetivos estarían vinculados a la actuación no dolosa ni imprudente del ejecutor.

12 El criterio de la competencia se encuentra bien arraigado en la doctrina alemana. Según este criterio, la orden dada debe pertenecer a las que cotidianamente emite el órgano o autoridad competente, de manera que la orden se reportará cumplidora de tal exigencia jurídica cuando el subordinado observa que la orden que se apresta a ejecutar, independientemente de lo que pueda ocurrir en un análisis *ex post* del caso concreto, es de la misma clase que las órdenes dictadas con regularidad. Así, por ejemplo, una sentencia injusta emitida por un juez penal en el ejercicio de sus funciones, pese a su ilegalidad que pueda tener en el caso concreto, se ubica en el ámbito de la clase de resoluciones que emite un juez o tribunal penal competente[24], por lo que dicha sentencia será constitutiva de una obediencia debida y, como tal, eximirá de responsabilidad penal al ejecutor. *A sensu contrario*, no cumplirá el requisito expuesto una sentencia penal que es emitida por un juez civil que carece de competencia (variantes: juez penal que no conoce el caso, juez penal que conoce el caso pero no se encuentra en el ejercicio de sus funciones, etc.).

13 El requisito de la formalidad legal exigiría que la orden se encuentre revestida de sus elementos esenciales que se encuentran consagrados en el ámbito administrativo o procedimental. Conforme a ello, una orden emitida por una autoridad competente será jurídica pese a que presenta defectos accidentales. Y es que, en virtud del principio de *ultima ratio* que también está presente en el sistema normativo procedimental, los vicios accidentales no son suficientes para declarar la nulidad o anulabilidad de los actos que son emitidos por una autoridad competente en el ejercicio de sus funciones. En consecuencia, la existencia de tales defectos no excluye ni la competencia, ni las formalidades legales requeridas para la operatividad de la eximente que se encuentra prevista en el inciso 9 del artículo 20 del Código Penal.

14 En lo que concierne al requisito material de la no violación de la dignidad humana, la doctrina considera que una orden se encuentra ajustada a derecho cuando, además de reunir los requisitos formales, la ejecución de la misma no implica un grave atentado de la dignidad de la persona humana[25]. Conforme a este parecer, la dignidad humana limita la validez formal de la orden, pues el peligro de violar la dignidad lo despoja de la presunción de legalidad que le confieren abstractamente la competencia y la formalidad legal. De forma

(24) Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 493.
(25) Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español.* Tomo II. *Op. Cit.*, p. 304.

más precisa, la presunta legalidad de la que goza la orden que es emitida por una autoridad competente en el ejercicio de sus funciones se ve desplazada por la antijuridicidad cuando su ejecución trae consigo la vulneración de la dignidad. Con ello, una orden será antijurídica y, en consecuencia, no constituirá una eximente de las que se contemplan en el inciso 9 del artículo 20 del Código Penal, cuando está orientada a violar la dignidad. Así, por ejemplo, es antijurídica la orden de torturar a un detenido dada por el comisario en el ejercicio de sus funciones a un subalterno de la Policía Nacional[26]. Y, es que aunque tal directiva goza de los requisitos de competencia y formalidad legal, esta carece de validez y obligatoriedad, porque en un Estado de Derecho el menoscabo de la dignidad humana está proscrito bajo cualquier punto de vista.

15 De otro lado, sobre la no manifiesta antijuridicidad de la orden solo cabe indicar que tal exigencia es un postulado que deviene de los principios de unidad y coherencia del ordenamiento jurídico. Por lo demás, sobre esta cuestión ya nos hemos pronunciado al referirnos a la naturaleza obligatoria de la orden[27], de modo que es aplicable en este punto todo lo que allí se dijo.

16 Finalmente, en lo que concierne al requisito subjetivo de la obediencia debida existe consenso en que la voluntad del ejecutor debe estar orientada a cumplir la orden obligatoria que ha sido emitida por una autoridad competente en el ejercicio de sus funciones. En pocas palabras, en el comportamiento del ejecutor de la orden no deben concurrir dolo e imprudencia típicos. De no ser así (si el comportamiento del ejecutor está precedido de un conocimiento sobre el carácter antijurídico de la orden, y de una voluntad distinta al cumplimiento de una orden que se cree jurídica), el ejecutor no quedará amparado por la eximente del inciso 9 del artículo 20 del Código Penal; por el contrario, su comportamiento será típico y antijurídico, quedando solo por determinar si es culpable o no.

V. Ámbito de aplicación de la obediencia debida

17 En contra de lo que sostiene la doctrina mayoritaria, postulamos que la presente causa de justificación no solo tiene vigencia en las relaciones jerárquicas

(26) Este es el parecer de la jurisprudencia peruana. A modo de ejemplo se puede citar la Ejecutoria Suprema de 26/03/99 (Exp. N° 49-99, Lambayeque), donde se rechaza la presencia de la eximente contemplada en el inciso 9 del CP, en virtud de que el subordinado ejecutó una orden manifiestamente antijurídica (se torturaron y eliminaron víctimas que presuntamente estaban vinculadas con organizaciones subversivas).

(27) *Vide supra* epígrafe III.

pertenecientes a los ámbitos de la Administración Pública y la Administración de Justicia, sino también en otros sectores del sistema social como los laborales y familiares y, sobre todo, en el ámbito castrense[28] y de la Policía Nacional. Ello obedece a que las relaciones jerárquicas también tienen lugar en los ámbitos laboral y familiar.

18 La operatividad de esta eximente en los sectores de la Administración Pública y de la administración de justicia deviene de la imperiosa necesidad que tales instituciones funcionen eficaz y correctamente. De la misma manera, en el ámbito laboral la fundamentación de tal eximente radica en que la desobediencia es contraria a la dinamicidad y eficacia que caracteriza a la actividad comercial. Piénsese por ejemplo, en el cumplimiento de órdenes obligatorias en el seno de la actividad empresarial, donde el funcionamiento se encuentra vinculado a una determinada jerarquía estructural y a la división de funciones. Aquí, es frecuente la impartición y cumplimiento de órdenes obligatorias (que, *ex ante*, gozan de juridicidad), porque ello es indispensable para el desarrollo de la actividad empresarial. La desobediencia de las órdenes que no poseen una antijuridicidad manifiesta implicaría interrumpir constantemente el ejercicio de la actividad empresarial. Además, la presunción de juridicidad que reviste a las órdenes emitidas por las competencias superiores exige que los subordinados no dejen de ejecutar las órdenes obligatorias impartidas por sus superiores. De la misma manera, es perfectamente posible que concurra en el seno familiar una eximente por obediencia debida[29] cuando los padres ordenan a sus hijos determinadas directivas que, *ex ante*, tienen connotación jurídica.

VI. *Excursus*: ¿se puede interponer alguna causa de justificación frente a la eximente de obediencia debida?

19 En torno a esta cuestión, un sector de la doctrina considera que cualquier ciudadano que se siente amenazado por el cumplimiento de una orden debida puede actuar en *legítima defensa* o bajo el amparo del *estado de necesidad defensivo*[30]. Para este sector de la doctrina, es irrelevante la naturaleza de la orden, esto es, tanto la orden antijurídica como la orden que se ajusta a derecho pueden dar lugar al ejercicio de una legítima defensa o de un estado de necesidad defensivo. Más aún, para los defensores de esta concepción la acción de

(28) De esta manera, Ugaz Sánchez-Moreno, J. / Ugaz Heudebert, J., "La obediencia debida. Comentario al Art. 20.9 del Código Penal". En: *Código Penal comentado*. Tomo I, p. 815.

(29) Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 500.

(30) Jakobs, G., *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Op. Cit.*, p. 551.

legítima defensa o de estado de necesidad recae sobre la persona del ejecutante, debido a que la conducta ejecutora de la obediencia debida constituiría una agresión ilegítima[31]. Al respecto, cabe indicar que tanto los principios lógicos que orientan la coherencia y unidad del ordenamiento como el espíritu teleológico de las eximentes no admiten que quien ejecuta justificadamente una orden delictiva, simultáneamente configura una conducta jurídico-penal pasible de legítima defensa o de estado de necesidad. Ello obedece a una razón muy simple: la orden que se encuentra ajustada a derecho no constituye una agresión antijurídica y, en consecuencia, no fundamenta ni legítima defensa ni estado de necesidad[32]. De otro lado, si se aceptara que las órdenes jurídicas son pasibles de legítima defensa y estado de necesidad –hipótesis negada–, el ejecutor (instrumento) no tendría por qué soportar los embates que traen consigo el ejercicio de tales causas de justificación, sino que estas tendrían que recaer en la esfera de competencia del autor mediato, es decir en la competencia de quien emite la orden. Por ello, hay que coincidir con Olmedo Cardente cuando señala que "no se comprende cómo es posible calificar al hombre de atrás que da la orden como autor mediato y, asimismo, obligar al instrumento que actúa justificadamente a soportar la reacción del particular (...)"[33].

20 En virtud de lo expuesto, consideramos que solo constituye una agresión injustificada la orden que *ex ante* posee una naturaleza antijurídica. Por eso, solo esta clase de órdenes fundamenta la correlativa posibilidad de que el particular (la víctima) accione contra el ejecutor amparado por la legítima defensa (20.3 CP) o el estado de necesidad defensivo. Y, es que, en el hipotético caso de que el subordinado ejecute una orden manifiestamente antijurídica, el funcionario tiene el deber de desobedecer el mandato recibido. Si no desobedece la orden, el ejecutor se comporta de forma antijurídica y, en consecuencia, fundamenta la actuación de la víctima al amparo de la legítima defensa, del estado de necesidad o de cualquier otra eximente que sea idónea para repeler la agresión. En el resto de casos –cuando solo se sospecha que la orden presenta vicios de legalidad– no se fundamenta la viabilidad de la legítima defensa ni del estado de necesidad, ya que *ex ante*, la orden no posee una

(31) *Vide* Queralt I Jiménez, J., *La obediencia debida en el CP. Análisis de una causa de justificación*, pp. 225-227.

(32) En este sentido, Olmedo Cardenete señala que este parecer implica poner en entre dicho el principio de que no cabe oponer una causa de justificación frente a quien ya actúa amparado por otra (...)". *Vide* Olmedo Cardenete, M., "Comentario al Art. 20 inciso 7 del Código Penal español". *Op. Cit.*, p. 583.

(33) Hernández Plasencia, J., *La autoría mediata en Derecho penal*, p. 189 ss.; Olmedo Cardenete, M., "Comentario al Art. 20 inciso 7 del Código Penal español". *Op. Cit.*, p. 583.

naturaleza antijurídica manifiesta ante los ojos del ejecutor. En estos supuestos, el que ejecuta la orden no podría oponerse al cumplimiento de esta por estar dotada de una presunción de legalidad; por su parte, el particular tendría que ejercitar la legítima defensa o el estado de necesidad sobre el sujeto de atrás que da la orden (sobre el autor mediato). De lo contrario, la víctima tendría que solicitar la suspensión de la orden antijurídica en virtud de las causas que la ley establece (por ejemplo, impugnación de la orden a través del sistema de recursos administrativos y judiciales existentes para el caso concreto). A falta de todo ello, el sujeto que es víctima de la orden antijurídica, solo de forma excepcional (cuando no cabe otra alternativa), recién puede accionar contra el ejecutante, pero no al amparo de la legítima defensa ni del estado de necesidad defensivo, sino en virtud del estado de necesidad agresivo.

VII. Bibliografía

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco, *Delito de desobediencia de los funcionarios públicos*. Bosch, Barcelona, 1987; CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español*. Tomo II. 6ª edición (6ª reimpresión). Tecnos, Madrid, 2004; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *Derecho penal español. Parte general*. 3ª edición. Dykinson, Madrid, 2002; HERNÁNDEZ PLASENCIA, José, *La autoría mediata en Derecho penal*. Comares, Granada, 1996; JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Traducción de CUELLO CONTRERAS, Joaquín y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1997; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*. 7ª edición. B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2004; MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *La obediencia debida. Aspectos legales y político-criminales*. Civitas, Madrid, 1984; MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*. 2ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *El delito de detención*. Trotta, Madrid, 1992; MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *El delito de detención ilegal*. Trotta, Madrid, 1992; QUERALT I JIMÉNEZ, Joan, *La obediencia debida en el CP. Análisis de una causa de justificación*. Bosch, Barcelona, 1986; OLMEDO CARDENETE, Miguel, "Comentario al Art. 20 inciso 7 del Código Penal español". En: COBO DEL ROSAL, Manuel (director), *Comentarios al Código Penal*. Tomo II. Edersa, Madrid, 1999; UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José / UGAZ HEUDEBERT, Juan, "La obediencia debida. Comentario al artículo 20.9 del Código Penal". En: *Código Penal comentado*. Tomo I. Gaceta Jurídica, Lima, 2004; VILLA STEIN, Javier, *Derecho penal. Parte general*. 3ª edición. Lima, Grijley, 2008.

21

§ 20.10
Consentimiento del titular del bien jurídico lesionado

MADELAINE REYES GASTELÚ
Abogada en Derecho penal
(Perú)

Sumario

	Nm	P
I. Definición de consentimiento	1	245
II. Presupuestos del consentimiento válido	7	247
1. Naturaleza disponible del bien jurídico	8	247
2. Capacidad jurídico-penal de quien otorga el consentimiento	9	248
3. Manifestación objetiva del consentimiento	11	249
4. Competencia del titular del bien jurídico para dar el consentimiento	12	249
5. Expresión libre del consentimiento	13	249
6. Momento en que se otorga el consentimiento	14	249
III. Bienes jurídicos de libre disposición	15	250
IV. Bibliografía	19	251

§ 20.10.- Exención de responsabilidad penal por consentimiento del titular del bien jurídico

"Está exento de responsabilidad penal:

(...)

10. El que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición;

(...)".

I. Definición de consentimiento

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define el consentimiento como la "manifestación de voluntad, expresa o tácita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente". El Código Civil peruano, de conformidad con su artículo 1361, considera que el consentimiento está conformado por las declaraciones de voluntad de las partes contratantes (exteriorización objetiva de la voluntad) y no por sus respectivas voluntades internas. 1

El término consentimiento, que deriva del latín *consentio* o *consentire,* implica "estar de acuerdo", "concordancia entre las partes" o la "uniformidad de opinión". Así, se tiene el aforismo: *volenti non fit iniuria,* es decir, no se comete injusticia con quien actuó voluntariamente. En ese sentido, el consentimiento por parte del sujeto titular del bien jurídico expresa la conformidad de este con 2

la realización de un hecho, el cual no se corresponde con un mero dejar hacer, y que conlleva la renuncia a la protección que brinda el derecho, es decir, la aceptación o permiso por parte de una persona para que otro realice una conducta típica sobre un bien jurídico de su libre disposición[1].

3 En torno a dicha problemática, la discusión doctrinaria se centra en dilucidar si el consentimiento es siempre una causa de atipicidad, y/o una causa de justificación[2]. Al respecto, existen dos tesis marcadas, la teoría unitaria, monista o de la unificación –que predica que el consentimiento solo puede ser causal de atipicidad–; y la dualista o de la diferenciación (que es la tradicional) –que contempla que el consentimiento eficaz, según sea el caso, puede ser causal de atipicidad o de justificación–.

4 Para la primera tesis, el consentimiento está comprendido dentro del marco de significación social de los comportamientos, pues constituye uno de los elementos centrales de los procesos comunicativos que tienen lugar en el contexto de una comunidad socio-normativa. No se trata de un permiso especial que se concede a una conducta típica, sino de un comportamiento que, como tal, queda fuera del tipo en consideración al bien jurídico protegido, pues el ordenamiento jurídico permite al titular de un bien jurídico otorgar su consentimiento, a efectos que dicho bien o interés pueda ser menoscabado[3].

5 De otro lado, la teoría diferenciadora reconoce la eficacia del consentimiento, en unos casos como causa de atipicidad, y en otros, como causa de justificación. Es decir, el consentimiento sería una causa de atipicidad y una causa de justificación, cuando en el tipo penal concurren tres presupuestos. En primer lugar, el titular del bien jurídico debe ser un individuo (una persona física o una persona jurídica), en segundo lugar, el tipo penal no debe proteger la libertad de disposición de quien otorga el consentimiento, y por último, el bien jurídico sobre el cual se da el consentimiento debe ser de naturaleza disponible[4].

6 Más allá de la discusión doctrinaria y de la ubicación que se dé al consentimiento (v. gr., como causa de atipicidad o como causa de justificación) lo

(1) Welzel, H., *Derecho penal. Parte general*, p. 99.
(2) Decantándose por la teoría monista tenemos a Busto Ramírez; mientras que por la teoría dualista, a Mir Puig.
(3) Bustos Ramírez, J., *Manual de Derecho penal. Parte general*, p. 326.
(4) En el mismo sentido, Cerezo Mir, J., "El consentimiento como causa de exclusión del tipo y como causa de justificación". En: *Estudios de Derecho penal y criminología: en homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa*, p. 208.

más importante en el ámbito del Derecho penal es determinar la validez del consentimiento. De dicha problemática se ocupa el siguiente ítem.

II. Presupuestos del consentimiento válido

Para que el consentimiento surta efectos, es necesario que: 7

1. Naturaleza disponible del bien jurídico

Al respecto, un sector de la doctrina, a partir de una interpretación constitucional sostiene que la legislación peruana divide los bienes jurídicos en disponibles, e indisponibles; en dicha línea de análisis, el consentimiento sería eficaz solo en aquellos bienes jurídicos disponibles (por ejemplo, patrimonio, libertad sexual, salud, etc.), respecto de los cuales el ordenamiento jurídico le otorga poder de decisión al titular del mismo sobre su mantenimiento. Desde esta perspectiva, el consentimiento sí tendría relevancia y, por ende, convertiría en atípicos todos los supuestos en que el titular del bien jurídico consiente su lesión o puesta en peligro(5). En el mismo sentido, el consentimiento sería inválido cuando recae sobre bienes no disponibles. Ese sería el supuesto del consentimiento otorgado respecto del bien jurídico vida, cuya indisponibilidad –según un sector de la doctrina– se encontraría consagrado en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución peruana, que establece que "toda persona tiene derecho a la vida". A partir de esta norma constitucional, el sector doctrinal referido, sostiene que la vida no es un bien jurídico disponible, incluso para su propio titular; pues, desde su perspectiva, dicha fórmula constitucional consagra la indisponibilidad de la vida, es decir, prohíbe al titular de esta disponer libremente de ella. Por tal razón, el suicidio no sería un derecho del individuo, ya que la vida se protegería con independencia de la voluntad del titular(6); esto se reflejaría también en la criminalización de la instigación al suicidio. Por lo tanto, la vida, si bien pertenece a cada titular, el cual puede administrarla desde que tiene uso de razón, su conservación y dirección no estarían sujetas a la voluntad individual de *este*, sino a la consideración jurídica que emana de la conciencia colectiva(7). Así, el hombre no puede disponer de su vida a título de un pretendido propietario que ejercitase una especie de *ius abutendi*(8). 8

(5) Bacigalupo, E., *Derecho penal. Parte general,* pp. 238-239.
(6) Al respecto, véase los postulados de Rodríguez Mourullo en Corcoy Bidasolo, M. (directora), *Manual práctico de Derecho penal*, p. 73.
(7) Roy Freyre, L., *Derecho penal. Parte especial.* Tomo I, p. 234.
(8) Ídem.

2. Capacidad jurídico-penal de quien otorga el consentimiento

9 Por capacidad jurídica, en forma general, se entiende a la declaración de voluntad que es expresada por una persona a quien el derecho le reconoce capacidad de autodeterminación, a efectos de que pueda llevar adelante procesos comunicativos con responsabilidad. Esto es lo que se conoce como el sinalagma "libertad de autoorganización y responsabilidad por las consecuencias". Ahora bien, cabe precisar que cada sector del ordenamiento jurídico fija sus propios criterios de validez del consentimiento, lo cual significa que no todo consentimiento que es válido en un sector del derecho (por ejemplo, en el Derecho civil) tiene la misma validez en los demás sectores del ordenamiento jurídico (v. gr., en el Derecho penal). Así, por ejemplo, en el ámbito del Derecho civil los menores de edad pueden celebrar actos jurídicos vinculados con la disposición de su patrimonio –v. gr. comprar artículos de primera necesidad, como alimentos, ropa, etc.–, en cambio, en el Derecho penal dicho consentimiento carece de validez, porque los menores de edad –a decir del artículo 20, inciso 2 CP– son inimputables, es decir, no poseen capacidad jurídico-penal.

10 De lo dicho se infiere que, en el Derecho penal, se excluye a todos aquellos sujetos que, por ley, no tienen capacidad jurídica relevante para discernir sobre el consentimiento que va a prestar. Así, es presupuesto de la eficacia o validez del consentimiento que el titular goce del juicio y equilibrio mental necesarios para comprender el alcance de su manifestación y para sopesar razonablemente los pros y los contras[9]. Por ejemplo, los inimputables no tienen capacidad para prestar consentimiento, incluso sobre sus bienes disponibles. Dentro de esta categoría se encuentran los niños y menores de 18 años, que son considerados sujetos inimputables, salvo excepciones como las que se presentan en los delitos contra la libertad sexual, donde el consentimiento entre menores de 18 años, pero mayores de 14 años, está permitido y no configura infracción penal alguna. Los que sufren de grave alteración de la conciencia (por alcoholemia, consumo de fármacos o drogas), retraso mental u otra enfermedad que les impida tener capacidad de discernimiento, también son considerados inimputables, por lo que no pueden prestar un consentimiento válido en sentido jurídico-penal.

(9) Roxin, C., *Derecho penal. Parte general.* Tomo I, p. 514.

3. Manifestación objetiva del consentimiento

11 Por manifestación objetiva u objetivación del consentimiento en sentido jurídico-penal se entiende a la declaración de voluntad que realiza una persona mediante un acto comunicativo que es aprehensible por los miembros de una determinada comunidad. Ello implica que el sujeto –al margen de la forma fenomenológica en que expresa su voluntad– debe transmitir su voluntad en forma racional e inequívoca, de modo que esta sea reconocible en el mundo socio-normativo exterior[10].

4. Competencia del titular del bien jurídico para dar el consentimiento

12 Conforme a este requisito, no cualquier persona que posee capacidad jurídica puede otorgar el consentimiento sobre la disposición de un bien jurídico, sino, por regla general, solo su titular. De forma excepcional, dicho consentimiento puede ser otorgado por un representante (v. gr., tutor, curador, padres, etc.) del titular[11].

5. Expresión libre del consentimiento

13 El consentimiento debe ser expresado en forma libre y expontánea, es decir, no debe presentar vicios de voluntad, porque si el consentimiento es obtenido por coacción o engaño o se apoya en la violación de un deber jurídico, será ineficaz, o sea, carece de validez. La coacción excluye siempre la eficacia del consentimiento, pero el error y el engaño solo lo hacen cuando afectan a la cantidad y cualidad de la injerencia consentida. No hace ineficaz al consentimiento el error en los motivos, el error sobre la identidad de la persona a la que se consiente intervenir, cuando no tiene trascendencia suficiente, ni el error en la declaración. Solo existe error en los motivos cuando afecta la razón o motivo por el cual se brinda el consentimiento[12].

6. Momento en que se otorga el consentimiento

14 El consentimiento debe ser anterior, o concomitante al delito, ya que de ser posterior puede tipificar un caso de perdón, remisión o desistimiento. En ese sentido, el otorgamiento válido del consentimiento –realizado antes

(10) Ibídem, p. 513.
(11) JESCHECK, H., *Tratado de Derecho penal. Parte general.* Tomo I, p. 518.
(12) Ibídem, p. 522.

o durante la realización del hecho– no configura un delito que queda exento de responsabilidad penal, sino que, debido al consentimiento prestado por el titular o su representante, ya, desde el inicio de la realización del comportamiento lesivo, falta el concepto mismo de injusto penal[13].

III. Bienes jurídicos de libre disposición

15 Conforme lo señala el texto normativo, el consentimiento debe recaer sobre un bien jurídico de libre disposición. Sin embargo, el legislador no ha indicado, ni enumerado, cuáles son los bienes jurídicos disponibles; ello da pie a una confusión fundada sobre cuáles son bienes jurídicos de libre disposición y cuáles no.

16 La solución de este problema se ha ensayado mediante una teoría general de los bienes personales. Esta teoría distingue: bienes de los cuales los individuos nunca pueden ser privados, ni aun mediando consentimiento del titular (torturas, vejaciones, libertad –reducción a servidumbre–, vida); bienes de los que los individuos pueden ser privados solo mediando su consentimiento (actos de coerción personal del proceso, extracción de líquidos del cuerpo y otros procedimientos que causen lesión o dolor aunque sea insignificante, extracción de órganos); bienes de los que el individuo puede ser privado a condición de compensar su pérdida (propiedad, intimidad, la libertad en alguna medida –detención–); y bienes de los que el individuo puede ser privado sin su consentimiento ni compensación (pena privativa de la libertad por sentencia, condenas civiles)[14].

17 Esta clasificación, en concordancia con los criterios político criminales de protección del bien jurídico vida, hacen que la vida sea un bien jurídico no disponible, pues lo que se busca, más allá de impedir la ejecución de un acto suicida, es evitar la impunidad de aquellos terceros que colaboran con el suicidio[15]. Más allá de reconocer que conforme a lo expuesto en el artículo 1 de la Constitución Política del Perú, donde se consagra que: "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado" y de lo establecido en el inciso 1 del artículo 2 de la misma Carta Jurídico-Política, el cual prescribe que: "toda persona tiene derecho a (...) su libre desarrollo y bienestar (...)", la Constitución resalta la capacidad que tiene la persona para autodeterminarse[16]; lo cual implica que la dignidad humana

(13) Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general,* p. 510.
(14) Zaffaroni, E. / Alagia, A. / Slokar, A., *Derecho penal. Parte general*, p. 605.
(15) Calderón Cerezo, Á. / Choclán Montalvo, J., *Derecho penal. Parte especial.* Tomo II, p. 30.
(16) En el mismo sentido, Cancio Meliá, M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, p. 277.

y el libre desarrollo de la personalidad no pueden ser entendidos en el marco de un sistema en el que no esté reconocida y protegida la autonomía de la persona y su capacidad de autodeterminación[17], lo cierto es que nuestro ordenamiento jurídico-penal –en forma incorrecta– mantiene a la vida y la integridad física como un bien jurídico protegido al que los ciudadanos no pueden renunciar, y en virtud de ello, la vida en toda su extensión es reconocida como un bien jurídico no disponible, aun cuando esta clasificación le sea otorgada solo por criterios de política-criminal, y no por criterios constitucionales.

En el mismo sentido, el Derecho penal no deja impune el consentimiento 18
que se otorga sobre bienes jurídicos cuya lesión afecta a la comunidad. Incluso cuando es una persona individual la que resulta inmediatamente afectada por el hecho, ella no puede consentir en la lesión, porque el bien jurídico no está a su disposición[18], v. gr. los delitos cometidos contra la administración de justicia, o los delitos de falsedad documental, donde el bien jurídico protegido es el tráfico jurídico, por sobre los intereses del directamente perjudicado.

IV. Bibliografía

BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general.* 2ª edición. Hammurabi, Buenos Aires, 1987; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal. Parte general.* 4ª edición. PPU, Barcelona, 1996; CALDERÓN CEREZO, Ángel / CHOCLÁN MONTALVO, José, *Derecho penal. Parte especial.* Tomo II. 2ª edición. Barcelona, Bosch, 2001; CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal.* Bosch, Barcelona, 2001; CEREZO MIR, José, "El consentimiento como causa de exclusión del tipo y como causa de justificación". En: *Estudios de Derecho penal y criminología: en homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa.* UNED - Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1989; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (directora), *Manual práctico de Derecho penal.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal. Parte general.* Tomo I. 3ª edición. Bosch, Barcelona, 1978; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general.* 8ª edición. Reppertor, Barcelona, 2006; ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general.* Tomo I. 2ª edición. Civitas, Madrid, 1997; ROY FREYRE, L., *Derecho penal. Parte especial.* Tomo I. 2ª edición. AFA, Lima, 1992; WELZEL, Hans, *Derecho penal. Parte general.* Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1956; ZAFFARONI, Eugenio / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general.* 2ª edición. Ediar, Buenos Aires, 2002. 19

(17) Ibídem, p. 277.
(18) ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general.* Tomo I. *Op. cit.*, p. 526.

§ 20.11
Especial causa de justificación del personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional

ROXANNA REYES TELLO
Notaria pública
(Perú)

Sumario

		Nm	P
I.	Introducción	1	253
II.	Análisis *de lege lata*	2	253
1.	Contexto histórico de su formulación	2	253
2.	Naturaleza jurídica y fin	5	254
3.	Requisitos	8	255
III.	Análisis *de lege ferenda*	12	257
IV.	Bibliografía	18	258

§ 20.11.- Especial exención de responsabilidad penal del personal de las FFAA y de la Policía Nacional

"Está exento de responsabilidad penal:

(...)

11. El personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú que, en el cumplimiento de su deber y en uso de sus armas u otro medio de defensa, cause lesiones o muerte".

I. Introducción

Aquí se realiza un breve análisis de la causa (especial) que exime de res- 1
ponsabilidad penal a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, la cual se encuentra contemplada en el inciso 11 del artículo 20 del Código Penal peruano de 1991. Dicho análisis se estructura en dos partes: una *de lege lata* y otra *de lege ferenda*.

II. Análisis *de lege lata*

1. Contexto histórico de su formulación

La presente causa de justificación fue incorporada al Código Penal peruano 2
el 22 de julio de 2007. La incorporación de dicha exención de responsabilidad penal habría mostrado la necesidad de actualizar la política criminal jurídico-penal conforme a la nueva realidad social que –en ese entonces– estuvo caracterizada por el incremento de la criminalidad tradicional y por la aparición de nuevas formas de organización delictivas. Dicha realidad social se reflejó

en una serie de protestas sociales que, muchas veces, desencadenaron hechos violentos como bloqueo de carreteras, toma de aeropuertos, incendio de locales públicos, muerte de manifestantes, policías y transeúntes.

3 Paradigmático ejemplo de tales actos violentos es el bloqueo de la carretera Arequipa-Puno que terminó con la toma de policías y fiscales en calidad de rehenes. Ante tales acontecimientos, para hacer frente a la realidad social descrita, el Congreso de la República, mediante Ley 29009, delegó al Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, crimen organizado y pandillaje pernicioso. Dicha competencia legislativa delegada del Poder Ejecutivo se vio reflejada en la publicación de un conjunto de Decretos Legislativos que modificaron e incorporaron una serie de preceptos legales al Código Penal de 1991, al Código de Procedimientos Penales, al Código Procesal Penal del 2004, al Código de Ejecución Penal, etc.

4 Pues bien, una de esas incorporaciones legislativas es la que hoy se encuentra en el inciso 11 del artículo 20 del Código Penal, mediante la cual el legislador exime de responsabilidad penal a los efectivos policiales y miembros de las Fuerzas Armadas, cuando estos, en el cumplimiento de sus deberes, cometen algún injusto penal contra la vida, contra la salud, etc.

2. Naturaleza jurídica y fin

5 La naturaleza jurídica y el fin de la presente causa de exención de responsabilidad penal se encuentran en el texto del inciso 11 del artículo 20 del Código Penal peruano de 1991, el cual establece que: "Está exento de responsabilidad penal el personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú que, en el cumplimiento de su deber y en uso de sus armas u otro medio de defensa, cause lesiones o muerte".

6 De lo prescrito por el inciso 11 del artículo 20 del Código Penal peruano se infiere que la exención de responsabilidad penal allí regulada es una causa de justificación. Pues, las causas de justificación –como la regulada en el referido precepto legal– son aquellas valoraciones normativas de algún sector del ordenamiento jurídico, que, en casos excepcionales, toleran (justifican) el menoscabo de bienes, intereses o máximas jurídicas configuradoras de tipos penales. En el mismo sentido, lo dispuesto en el inciso 11 del artículo 20 del Código Penal es una causa de justificación, porque dicho precepto normativo, si bien reconoce el carácter general prohibitivo (y, por lo tanto, la naturaleza jurídico-penalmente típica) de los comportamientos que atentan contra

la vida, contra la salud, etc., justifica la realización de tales comportamientos típicos –y, por consiguiente, exime de responsabilidad penal a los autores de tales conductas– cuando quien los realiza es un efectivo policial o militar en cumplimiento de su deber.

Al tratarse de una causa de justificación, la finalidad de la eximente con- 7
tenida en el inciso 11 del artículo 20 no es otra que la de confirmar los fines de la conciencia jurídica colectiva, la cual exige que no se imponga una pena al autor de una conducta típica, cuando el comportamiento de este no expresa una falta de motivación a la norma[1]. La conciencia jurídica colectiva exige que se imponga una pena al agente de una conducta típica solo cuando esta revela que el autor no se ha motivado por el derecho. Pero en el caso de las causas de justificación –y, por lo tanto, también en la eximente aquí analizada– quien realiza un comportamiento típico (v. gr., los miembros de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas) no niega el derecho, por el contrario, confirma su vigencia, pues solo materializa lo dispuesto por el inciso 11 del artículo 20, el cual autoriza a llevar a cabo tal forma de organización.

3. Requisitos

La configuración de esta causa de justificación exige como primer requi- 8
sito que los beneficiarios de dicha eximente realicen el comportamiento típico en cumplimiento de su deber. Ello, en principio, implica dos cuestiones. Por un lado, no se encuentran amparados por esta causa de justificación los miembros de la Policía Nacional y de las Fuerzas Armadas que realizan un injusto penal de homicidio o lesiones en calidad de simples ciudadanos, es decir, en circunstancias que no son portadores de la competencia especial de emplear sus armas para cumplir con su función encomendada por la Ley. Por otro lado, tampoco se encuentran amparados por dicha eximente el personal de la Policía Nacional y de las Fuerzas Armadas que, durante el cumplimiento defectuoso de su deber, realizan alguno de los tipos penales descritos en el inciso 11 del artículo 20 del Código Penal. Consiguientemente, solo son beneficiarios de esta causa de justificación, los efectivos policiales y personal militar que cometen algún tipo penal contra la vida o de lesiones en el "correcto cumplimiento de su deber". Es decir, cuando el deber es llevado a cabo conforme a la Constitución, a la Ley (Arts. IV, V, VII del D. Leg. N° 1267), y demás normas jurídicas (v. gr., Art 4 del D. Leg. N° 1186 que regulan y reglamentan el proceder de la Policía Nacional y de las Fuerzas Armadas).

(1) JAKOBS, G., *Derecho penal, Parte general*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. 2ª edición, 1997, p. 419, nm. 1.

9 En torno a este requisito, el artículo 8.3 del Decreto Legislativo 1186 que regula y reglamenta el ejercicio de la fuerza pública por parte de la Policía Nacional establece que el personal de la Policía Nacional del Perú podrá usar sus armas de fuego solo en forma excepcional, cuando sea estrictamente necesario y solo cuando resulten insuficientes o sean inadecuadas medidas menos extremas. En ese sentido, los miembros de la Policía Nacional del Perú solo podrán hacer uso de sus armas de fuego en los siguientes supuestos: a) En defensa propia o de otras personas en caso de peligro real e inminente de muerte o lesiones graves, b) cuando se produzca una situación que implique una seria amenaza para la vida durante la comisión de un delito particularmente grave, c) cuando se genere un peligro real e inminente de muerte o lesiones graves como consecuencia de la resistencia ofrecida por la persona que vaya a ser detenida, d) cuando la vida de una persona es puesta en riesgo real, inminente y actual por quien se está fugando, e) cuando se genere un peligro real o inminente de muerte del personal policial u otra persona, por la acción de quien participa de una reunión tumultuaria violenta.

10 El segundo requisito está referido al círculo de personas que pueden actuar amparados por tal eximente. Al respecto, la ley es muy clara: solo incluye a los miembros de la Polícía Nacional del Perú y de las Fuerzas Armadas. Por personal policial no se debe entender a los efectivos policiales en sentido abstracto, sino en sentido concreto; es decir, a aquellos policías que efectivamente se encuentran prestando un servicio institucional público para el Estado. Ello implica que no se encuentran incluidos los policías que, durante su tiempo libre, desarrollan actividades privadas (v. gr. servicio de seguridad a empresas privadas), ya que estas formas de organización no forman parte de su deber de policía, sino de agentes privados. Por su parte, el personal de las Fuerzas Armadas incluye a los miembros del Ejército, de la Marina de Guerra y de la Fuerza Aérea. También aquí se exige que el personal militar se encuentre cumpliendo sus deberes institucionales de índole castrense. En los demás casos, no actuará amparado por tal eximente. Por lo demás, tampoco actúan amparados por el inciso 11 del artículo 20 el personal de Serenazgo, el personal municipal, etc. que contribuyen a prestar la seguridad ciudadana.

11 Como tercer requisito se establece que los medios empleados sean las armas que se utilizan en el ámbito policial y militar u otras que cumplan una función de defensa. Ello implica que los miembros de la Policía Nacional estarán exentos de responsabilidad penal cuando –además de cumplirse los demás requisitos– estos solo hagan uso de sus armas calificadas como reglamentarias u otro medio que cumpla la misma función. Lo mismo ocurre con

el personal de las Fuerzas Armadas. En ambos casos, se trata de un requisito que es homologable al "medio racional" que exige el inciso 3 del artículo 20 en el ámbito de la legítima defensa.

III. Análisis de *lege ferenda*

Desde una perspectiva *de lege ferenda*, considero que la inclusión de esta 12
eximente en el inciso 11 del artículo 20 del Código Penal no solo es innecesaria, sino perjudicial.

En primer lugar, cabe precisar que dicha eximente es expresión de inte- 13
reses políticos arbitrarios, propios de un Estado que utiliza un Derecho penal promocional para conseguir crear la sensación de seguridad o protección en la conciencia de la sociedad.

En segundo lugar, el inciso 8 del artículo 20 del Código Penal ya con- 14
tenía (contiene) una eximente de esa naturaleza, pues dicho precepto normativo contempla la exención de responsabilidad penal del personal de la Policía Nacional, de los miembros de las Fuerzas Armadas y de todos aquellos ciudadanos que cometen un injusto penal en el cumplimiento de la ley, en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. Como es evidente, el inciso 8 subsume todos los posibles supuestos que regula el inciso 11 del artículo 20 CP.

En tercer lugar, la inclusión de la mencionada eximente constituye un aten- 15
tado contra la autonomía de jueces y fiscales, porque impide que estos valoren las circunstancias del caso concreto en los supuestos de que quien realiza un injusto penal es un miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas. Pues el artículo 20 inciso 11 del Código Penal establece una calificación legal de eximente que excluye todo tipo de investigación para ciertos casos de uso de la fuerza pública, aun cuando estos hayan sido antirreglamentarios.

En cuarto lugar, la aplicación retroactiva de dicha eximente podría gene- 16
rar consecuencias político-criminales indeseables, porque muchos ex efectivos de la Policía Nacional y de las Fuerzas Armadas que se encuentran condenados (o procesados) recurrirían a los beneficios que otorga dicha eximente. De esa manera, estos quedarían en libertad casi de forma automática, pese a que dicho resultado político-criminal sea indeseado.

En esas circunstancias, sostengo que la eximente contenida en el artículo 17
20 inciso 11 del Código Penal debe ser derogada.

IV. Bibliografía

18 JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general.* Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. 2ª edición, 1997.

§ 21
Responsabilidad atenuada

PERCY VELÁSQUEZ DELGADO
Universidad Andina del Cusco
(Perú)

Sumario

	Nm	P
I. Introducción	1	259
II. La responsabilidad restringida en los códigos anteriores	6	261
III. La responsabilidad restringida y las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal	15	263
IV. El carácter preceptivo o facultativo de la atenuación de la pena por eximente incompleta	21	265
1. Su tratamiento en España	22	265
2. Su tratamiento en Perú	25	267
V. Reducción de la pena dentro del marco penal conminado o por debajo de él	29	269
VI. Eximente incompleta y aplicación del artículo 46 del Código Penal	33	270
VII. Eximentes incompletas y concurrencia de otras atenuantes o agravantes cualificadas	38	272
1. Concurrencia de eximentes incompletas	39	272
2. Concurrencia de una eximente incompleta con otra atenuante cualificada	41	273
3. Concurrencia de una eximente incompleta con una agravante cualificada	43	273
VIII. Conclusiones	46	274
IX. Bibliografía	47	274

§ 21.- Responsabilidad atenuada

"En los casos del artículo 20, cuando no concurra alguno de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el Juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal".

I. Introducción

No es nada extraño encontrar en nuestro Derecho penal vigente algunas instituciones, o más en concreto, algunos preceptos, que tengan su partida de nacimiento en el Código Penal de 1863, el primero que rigió en nuestra república; este hecho, señala BOLDOVA PASAMAR, "no tiene lugar generalmente por simple arrastre de tales instituciones, sino por consolidación histórica de las mismas"[1], 1

(1) BOLDOVA PASAMAR, M., "La reducción obligatoria de la pena cuando concurre alguna eximente incompleta". En: *Revista de Derecho penal y Criminología* N° 1, p. 245.

y ciertamente no cabe duda de la consolidación histórica del artículo en comento, por cuanto, habiendo sido positivizado en aquel año, pasó luego al texto del Código Penal de 1924, y ahora, el Anteproyecto de Reforma del Código Penal: Título Preliminar (principios generales) y Libro Primero (Parte General), recoge en términos generales el mismo precepto.

2 Que una institución jurídico penal haya experimentado esa consolidación histórica no determina, aunque pueda parecer insólito, que su tratamiento dogmático sea el más depurado, y que por tanto su interpretación y aplicación judicial no presente mayores problemas; es posible que ello ocurra en algunas otras instituciones, y no es este el lugar para dar cuenta de ellas, pero, si hay algo que nos parece inobjetable es que la responsabilidad restringida, o mejor, las eximentes incompletas(2), conforme a la acuñación hecha por la doctrina, vista desde la perspectiva de la determinación judicial de la pena representa un espacio con poca luz, en el que se anda a tientas, y en el que la dogmática penal está llamada a iluminar la tarea de aplicar la ley al caso concreto.

3 Esta caracterización negativa acabada de señalar merece dos precisiones; primero, la determinación judicial de la pena es la parte del Derecho penal que ha merecido desde diferentes latitudes las más severas críticas por cuanto al no existir claridad dogmática los jueces trabajan con frases de estilo que en el fondo no hacen sino ocultar una práctica arbitraria e irracional; de manera que, estando las eximentes incompletas relacionadas a esa materia, no deberán parecer raras las afirmaciones hechas en la parte final del párrafo anterior; y segundo, además de lo concerniente a la fijación de la pena, otros aspectos problemáticos de este precepto están representados tanto por la determinación de los supuestos del artículo 20 que son convertibles en eximentes incompletas, como por los requisitos necesarios y suficientes para considerarlos así(3).

4 Ciertamente el análisis del precepto penal objeto de este comentario debería abordar tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica, pero estando a que el análisis del artículo 20 del Código Penal permite conocer los requisitos de cada eximente de responsabilidad, y de ese modo establecer cuáles son esenciales o necesarios, los problemas que pueda presentar el supuesto –*en los casos del artículo 20, cuando no concurra alguno de los requisitos necesarios para hacer*

(2) En adelante, esta será la denominación a utilizar, pues ella nos permite relacionarlas directamente con las eximentes de responsabilidad previstas en el artículo 20.

(3) Córdoba Roda refiere que sobre estos aspectos la jurisprudencia española anterior al Código Penal de 1995 ha elaborado una amplia regulación, Córdoba Roda, J., *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, p. 11.

desaparecer totalmente la responsabilidad– en parte estarían resueltos, con lo cual no tiene mayor relevancia abordarlos nuevamente en este trabajo. No sucediendo lo mismo con la consecuencia jurídica del precepto comentado –*el Juez podrá disminuirle prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal*–, nuestra atención quedará fijada únicamente en ella, vale decir, en la pena que corresponde a las eximentes incompletas; esta situación desde nuestra perspectiva hace evidente que, no solo los artículos 45 y 46 tienen relevancia para la determinación judicial de la pena, y si bien ahora nos corresponde analizar el artículo 21 –eximentes incompletas–, son otros más los preceptos que tienen vinculación con aquel tema, y el hecho de que nuestros penalistas no hayan realizado monografías o artículos en ese sentido, en ningún caso da pie a negar que sea así.

Lo dicho hasta aquí podría ser considerado como un intento por delimitar el objeto de nuestro análisis, o por precisar la perspectiva del comentario; y efectivamente tal cosa se pretendía, pero como algunas veces lo que realmente quiere señalarse se extravía entre muchas frases y pensamientos, estimamos necesario insistir en que el comentario que sigue principalmente abordará el significado de este precepto para la determinación judicial de la pena. Ahora, podría comenzarse este desarrollo a partir de diversos aspectos, sin embargo, consideramos necesario conocer la regulación que sobre el particular preveían los códigos históricos de nuestro país. 5

II. La responsabilidad restringida en los códigos anteriores

El Código Penal de 1863, en su artículo 8 del Título I: De las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal, de la Sección Segunda: De las circunstancias que extinguen o modifican la responsabilidad criminal, del Libro Primero, estableció diversos supuestos que permitían que el sujeto a quien se imputaba un delito quedara exento de responsabilidad criminal, vale decir, que no pudiera ser pasible de pena alguna. Ya en su artículo 9 del Título II: De las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal, estableció expresamente que: 6

"**Artículo 9.-** Son circunstancias atenuantes: 7

1.ª Las comprendidas en el título anterior, cuando no concurran en ellas todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad, ó no sean plenamente probadas". 8

Asimismo, complementando el precepto antes citado, este código estableció en el artículo 60 del Título II: De la aplicación de las penas según las 9

circunstancias que modifican la responsabilidad criminal, de la Sección Quinta: De la aplicación de las penas, del Libro Primero, lo siguiente:

10 "Artículo 60.- En los casos del inciso 1, artículo 9, (...), la atenuación de la pena se verificará prudencialmente por el juez, debiendo rebajarse á lo menos dos grados".

11 Por su parte el Código Penal de 1924, en su artículo 85, del Título X: Causas que eliminan o atenúen la represión, del Libro Primero, también estableció los supuestos en los que el imputado estaba exento de pena; para luego, en su artículo 90 señalar que:

12 "Artículo 90.- En los casos el artículo 85, cuando no concurren los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el juez podrá disminuir la pena prudencialmente hasta límites inferiores al mínimum legal".

13 Más allá de las diversas expresiones utilizadas en uno y otro código, la estructura era la misma: se preveía determinados supuestos en virtud de los cuales el imputado estaba exento de responsabilidad criminal, o de pena; y seguidamente, se establecía que cuando no concurriesen los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad, tales supuestos debían ser considerados como circunstancias de atenuación de la responsabilidad, ergo, de la pena, por cuanto, decía CÓRDOBA RODA, "si la exención resulta de la suma de una serie de hechos, de faltar algunos de ellos, no se dará *lógicamente* ni plena responsabilidad ni plena irresponsabilidad: una *fracción* de lo que exime, atenúa"(4).

14 Ahora bien, en honor a la verdad cabe reconocer que el precepto del numeral 1 del artículo 9 del Código Penal de 1863 fue importado del Código español de 1848(5); y aunque el legislador español en más de una ocasión también ha recurrido a la legislación foránea, en este caso se trata de una regulación que no ha sido tomado de otro Código, representado como dice CÓRDOBA RODA(6), una institución exclusiva del español; esta situación determina, según vemos, que el desarrollo dogmático de este precepto penal tomó como referencia el tratamiento dispensado en aquel país, obviamente, sin que ello signifique en ningún momento torcer el principio de legalidad.

(4) Ibídem, p. 21. En similar sentido se había pronunciado más de un siglo antes, PACHECO, J., *Estudios de Derecho penal. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid*. Tomo I, p. 132.

(5) Así lo reconoce expresamente, VITERBO ARIAS, J., *Exposición comentada y comparada del Código Penal del Perú de 1863*. Tomo 1, p. 121.

(6) CÓRDOBA RODA, J., *Las eximentes incompletas en el Código Penal. Op. Cit.*, p. 19.

III. La responsabilidad restringida y las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal

Nuestro vigente Código Penal, así como el de 1924, han sido reacios a 15
utilizar la categoría circunstancias que eximen, atenúan o agravan la responsabilidad criminal que aparecía en el Código Penal de 1863; en tal razón a las anteriores circunstancias que eximían o atenuaban la responsabilidad criminal hoy se las denomina causas que eximen o atenúan la responsabilidad penal, en tanto que los listados de circunstancias de atenuación y agravación fueron suprimidos para dar lugar a ciertas atenuantes y agravantes aisladas, y a un conjunto de elementos –que no son denominados circunstancias– que deben servir para graduar la pena dentro del marco penal conminado. Así, la consigna del código vigente parece haber sido omitir aquel término, y si bien podría sostenerse que todos los elementos vinculados a la determinación de la pena actualmente previstos son verdaderas circunstancias, lo cierto es que textualmente no fueron consignados de esa manera, y prueba de ello es el precepto penal que regula las eximentes incompletas.

En cambio en España, desde el Código Penal de 1848, hasta el actual, las 16
eximentes incompletas han sido consideradas textualmente como circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal o penal; pese a ello no han faltado penalistas que han considerado y consideran que las eximentes incompletas no son, en sentido estricto, circunstancias atenuantes, pues mientras las circunstancias presuponen un delito cuyos elementos esenciales han sido delimitados previamente, las eximentes incompletas alteran originariamente los propios elementos esenciales del delito(7). De hecho resolver este asunto dista de ser una cuestión pacífica, pero actualmente la mayor parte de la doctrina española trata a las eximentes incompletas, quizá dejándose llevar por su texto legal, como circunstancias atenuantes privilegiadas; ahora bien, esta posición parece haber influido en nuestro país, pues las eximentes incompletas –cuyo efecto se vincula a la fijación de la pena– son ubicadas dentro de las circunstancias (cualificadas), pues, en la determinación judicial de la pena toda circunstancia –incluidas las eximentes incompletas– permiten al juez tomar

(7) Padilla Alba, H., "Problemas que plantean las eximentes incompletas en la determinación judicial de la pena". En: González Rus, J. (coordinador), *Estudio penales y jurídicos. Homenaje al Prof. Enrique Casas Barquero*, p. 559, nota al pie 1. También asume la posibilidad de esa interpretación, Berdugo Gómez de la Torre, I. / Arroyo Zapatero, L. / Ferré Olivé, J. y otros, *Curso de Derecho penal. Parte general*, p. 410.

conocimiento del grado de desvalor que merece el hecho punible y del nivel de reprochabilidad que alcanza a su autor, a efectos de cuantificar la pena[8].

17 Al ser considerados las eximentes incompletas como circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, es menester ubicarlas en la clasificación que la doctrina ha propuesto; por ejemplo, en atención a los delitos a que pueden ir referidas, se alude a la existencia de circunstancias comunes o genéricas, y circunstancias especiales o específicas, siendo que las primeras pueden operar con cualquier delito, en tanto que las segundas solo con ciertos delitos expresamente establecidos; asimismo, en razón a los efectos sobre la pena las circunstancias son atenuantes, agravantes y mixtas[9]. En ese sentido, parece claro que las eximentes incompletas integran las denominadas circunstancias genéricas y de atenuación, porque pueden operar con cualquier delito, y porque permiten disminuir la pena, respectivamente.

18 Ahora, lo que sí corresponde resaltar es que la doctrina española siempre ha considerado que las eximentes incompletas constituyen atenuantes privilegiadas o extraordinarias, por cuanto el efecto que ejercen sobre la pena es diverso al que ejercen las demás circunstancias, que por ello son denominadas ordinarias; en ese sentido LLORCA ORTEGA ha señalado concluyentemente que, "las atenuantes de minoría de edad y de eximente incompleta (Art. 68) históricamente han constituido el grupo denominado de atenuantes privilegiadas, a las cuales el legislador ha otorgado, en todos los tiempos, una eficacia degradatoria superior a las restantes circunstancias atenuatorias"[10]. En concreto esta superioridad del efecto atenuante se debe a que ellas determinan, dice GARCÍA ARAN[11], se rebase el límite mínimo del marco penal genérico; lo que por cierto no ocurre cuando concurren las circunstancias ordinarias.

19 Considerando lo anterior parece ineludible preguntarnos si en nuestro ordenamiento jurídico penal sería posible estimar a las eximentes incompletas como circunstancias de atenuación privilegiada, o simplemente como atenuantes privilegiadas; pues, bien, estando a que el punto fundamental es el efecto que ejerce la circunstancia sobre la pena, y considerando, además, el texto del artículo comentado que precisamente permite fijar la pena por debajo del mínimo legal, estimamos que no habría problema para considerar a las eximentes incompletas como atenuantes privilegiadas, según la denominación

(8) PRADO SALDARRIAGA, V., *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, p. 106.
(9) GARCÍA ARÁN, M., *Los criterios de determinación de la pena en Derecho español*, p. 126.
(10) LLORCA ORTEGA, J., *Manual de determinación de la pena, conforme al Código Penal de 1995*, p. 105.
(11) GARCÍA ARÁN, M., *Los criterios de determinación de la pena en Derecho español. Op. Cit.*, p. 131.

acuñada por la doctrina española. En cualquier caso conviene señalar que, si bien el profesor PRADO SALDARRIAGA[12] utiliza la denominación de circunstancias cualificadas (en adelante esta será el término a utilizar), en rigor, se trata de la misma situación, pues, nuestro Código Penal ha determinado que las eximentes incompletas conlleven un efecto atenuatorio especial y diferente al que podrían generar las circunstancias previstas en el artículo 46 del Código Penal –de concurrir estas últimas únicamente servirían para reducir la pena dentro de los límites inferior y superior de la pena conminada–; ya en un posterior trabajo, el citado profesor ha utilizado la expresión circunstancias por su relación con la pena conminada[13], que además de las eximentes incompletas comprende otros diversos factores, caracterizándose todos ellos porque determinan que la pena supere el marco penal conminado.

Establecida ya la naturaleza de circunstancia de atenuación privilegiada, 20
o simplemente de atenuantes privilegiadas, de las eximentes incompletas, es menester abordar ahora una cuestión que siempre ha generado preocupación tanto en la doctrina española, como en la jurisprudencia nacional; nos referimos a si el precepto establece una atenuación preceptiva u obligatoria, o contrariamente, una atenuación facultativa.

IV. El carácter preceptivo o facultativo de la atenuación de la pena por eximente incompleta

Uno de los principales problemas dogmáticos de las eximentes incom- 21
pletas está referido al carácter preceptivo o facultativo de la atenuación de la pena que corresponde realizar; esta situación se ha presentado con motivo de la vigencia del Código Penal español de 1995, y también con relación al Código Penal peruano. Estando a que la mencionada institución fuere importada por nuestro país, estimamos pertinente, antes de abordar el tratamiento que la doctrina y jurisprudencia nacionales le han dispensado al tema, revisar las posiciones fijadas en el país de origen, es decir, en España.

1. Su tratamiento en España

Con relación al texto del Código Penal español de 1995, la Sentencia del 22
Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1997, cuyo ponente fue BACIGALUPO ZAPATER, puntualizó que el artículo 68 (que regula la consecuencia jurídica de las

(12) PRADO SALDARRIAGA, V., *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú. Op. Cit.*, p. 102.
(13) PRADO SALDARRIAGA, V., "La determinación judicial de la pena". En: *Nuevos criterios para la determinación judicial de la pena*, p. 37.

eximentes incompletas) solo contenía una atenuación facultativa; asimismo, la Fiscalía General del Estado tuvo la oportunidad de pronunciarse con mayor amplitud sobre el particular (Consulta 1/1997, fechada el 19 de febrero de 1997), y si bien reconoció que la redacción del artículo 68 generaba dudas, finalmente se inclinó por considerar que la rebaja de la pena es una facultad del juez, esgrimiendo para ello los siguientes fundamentos: a) la literalidad del precepto, que utiliza la expresión "podrán imponer", la misma que indica una facultad, pero no una obligación; b) los antecedentes históricos y legislativos, pues en la tramitación parlamentaria del artículo 68, la expresión "podrán imponer" fue consecuencia de una enmienda que pretendía sustituir el carácter obligatorio de la atenuación que podía colegirse de la expresión "se aplicará" con que venía el Proyecto; c) el examen comparado con otros preceptos del mismo código, que utilizando la misma expresión y siendo considerados como atenuaciones facultativas, determinaban por coherencia que esa sea el sentido atribuido al artículo 68[14].

23 Casi inmediatamente se emitió la Sentencia del Tribunal Supremo español de fecha 10 de junio de 1997, siendo ponente Cándido Conde-Pumpido Tourón, la misma que establecía clara y contundentemente que en las eximentes incompletas es preceptivo (obligatorio) rebajar la pena. Las razones que sirvieron para fundamentar esa decisión fueron: a) razones dogmáticas, por cuanto al concurrir una eximente incompleta se produce una disminución de lo injusto y/o de la culpabilidad que es superior a la que trae su causa en una simple circunstancia atenuante; b) razones sistemáticas, dado que la segunda parte del precepto, que alude a que se aplicará la pena en la extensión que estime pertinente el juez, solamente tiene sentido aceptando la necesidad de reducir la pena al menos en un grado; c) razones históricas, en el entendido de que la conceptuación tradicional sobre las eximentes incompletas es que ellas son atenuantes privilegiadas tanto por su naturaleza como por sus efectos, produciendo una rebaja de la pena desde la vigencia del código de 1848; d) razones lógicas, pues negar la atenuación preceptiva conduciría al absurdo de que en ciertos casos no tenga ningún efecto atenuatorio, lo que sería contradictorio con la regulación de las atenuantes ordinarias, que cuando concurren en general sí atenúan la pena[15].

24 Por su parte la doctrina española parece sostener mayoritariamente que cuando concurre una eximente incompleta la atenuación de la pena es

(14) Boldova Pasamar, M., "La reducción obligatoria de la pena cuando concurre alguna eximente incompleta". *Op. Cit.*, pp. 247-248.

(15) Ibídem, pp. 248-253.

preceptiva[16]; así, refiriéndose a la revisabilidad en casación de la calificación y entidad de la eximente incompleta, LLORCA ORTEGA[17] precisa que siempre que el órgano judicial aprecie la atenuación prevista en el numeral 1 del artículo 21 (eximentes incompletas), quedará obligado a moderar la pena con arreglo a lo dispuesto en el artículo 68. Pero como en derecho rara vez, o nunca, hay pleno consenso, CHOCLÁN MONTALVO[18] se manifiesta a favor de la atenuación facultativa cuando concurre una eximente incompleta, llegando a precisar que tal situación no suscita reparos de orden constitucional pues el Tribunal no debe resultar obligado a modificar el marco penal previsto para el delito en la medida en que concurran circunstancias que compensen la disminución notable de la capacidad de culpabilidad (por ejemplo, la producción culpable de la perturbación psíquica); este razonamiento lo ha llevado a sostener que las posibilidades de atenuación van desde la rebaja de la pena dentro del marco penal previsto para el delito hasta la atenuación del marco penal en dos grados, en función del grado de disminución de la capacidad de culpabilidad.

2. Su tratamiento en Perú

El problema sobre el carácter facultativo o preceptivo de la atenuación de 25
la pena cuando concurre una eximente incompleta ha merecido la respuesta, casi en paralelo, de la jurisprudencia y la doctrina nacionales; por un lado, los jueces superiores[19] señalaron, incluso antes de comenzar el nuevo siglo, que la atenuación de la pena por la concurrencia de las eximentes incompletas tenía carácter obligatorio; en tanto que por el otro lado, el profesor PRADO SALDARRIAGA[20], casi en solitario, censuró la tendencia jurisprudencial que consideraba a la reducción de la pena en caso de atenuante cualificada (entre otras, las eximentes incompletas) como de aplicación meramente facultativa, pues ella desconocía la función esencial de esas circunstancias que consiste en rebajar la pena conminada en atención a factores que afectan de modo directo y específico la antijuricidad del hecho o la culpabilidad del autor.

(16) Se consideran que están a favor de esa posición a GONZÁLEZ CUSSAC, VALLE MUÑIZ, BOLDOVA PASAMAR y GARCÍA ARÁN. MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, p. 605. También parecen estar a favor de la atenuación preceptiva, BOIX REIG, J. / ORTS BERENGUER, E., "Consideración sobre las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y su papel en orden a la determinación de la pena". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales* N° 7-8, p. 325 ss.

(17) LLORCA ORTEGA, J., *Manual de determinación de la pena, conforme al Código Penal de 1995. Op. Cit.*, p. 113.

(18) CHOCLÁN MONTALVO, J., *Individualización judicial de la pena*, pp. 136-137.

(19) Pleno Jurisdiccional Nacional Penal de 1999, Tema N° 4: Las consecuencias jurídicas del delito: las penas.

(20) PRADO SALDARRIAGA, V., *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú. Op. Cit.*, p. 130.

26 Si el juez aplica en un caso de imputabilidad disminuida, *legítima defensa imperfecta* o tentativa una pena por encima del mínimo legal o considera para ello al mínimo, la sanción impuesta no estará apreciando la disminución de la culpabilidad, de desvaloración del injusto o de menor daño para el bien jurídico tutelado, que han representado en la conducta típica realizada por el agente, esas circunstancias específicas concurrentes. (...). Por tanto, debemos insistir en que dicha praxis es equivocada y *que toda atenuante específica debe llevar al juez a aplicar siempre* una pena por debajo del mínimo legal (el resaltado es nuestro).

27 Es claro que el fragmento citado excede el objeto del artículo en comento, pero, y sin perjuicio de suscribir esa posición, debemos resaltar que al ser la legítima defensa imperfecta un supuesto de eximente incompleta, entonces, la posición respecto a ella deberá ser la misma con relación a las otras eximentes incompletas, es decir, si respecto a la legítima defensa imperfecta es preceptiva la atenuación de la pena, también lo será si concurre otra eximente incompleta. Ahora bien, un aspecto que sí conviene aclarar es el sentido de la expresión atenuante específica que aparece en la cita, pues, según el contexto, en rigor, debe entenderse que se refiere a la atenuante cualificada.

28 Pese a la posición doctrinal y jurisprudencial antes expuesta, y luego de varios años, el profesor PRADO SALDARRIAGA nuevamente ha debido criticar la praxis judicial que considera de aplicación facultativa las circunstancias cualificadas –sean atenuantes o agravantes–; y es que todavía "para un sector, la frase 'el juez podrá (...)', quiere decir, que el juez puede decidir si aplica las circunstancias o no las aplica, si la toma en cuenta o no la toma en cuenta, si proyecta el efecto de incrementar la pena por encima del máximo o de reducirla por debajo del mínimo"[21]. Siguiendo la doctrina del citado profesor, corresponde afirmar que la expresión "el juez podrá" alude a que este puede fijar una pena concreta dentro de la nueva pena básica que resulte de la aplicación preceptiva de la circunstancia cualificada, en este caso, de la eximente incompleta; en todo caso la cuestión de si la atenuación debe o no superar el marco penal conminado corresponde al siguiente apartado.

(21) PRADO SALDARRIAGA, V., "La determinación judicial de la pena". *Op. Cit.*, p. 37.

V. Reducción de la pena dentro del marco penal conminado o por debajo de él

29 Ya quedo claro que la atenuación de la pena cuando concurre una eximente incompleta debe ser de carácter preceptivo u obligatorio; sin embargo, queda por determinar si la atenuación debe realizarse dentro del marco penal conminado, o fuera de él. En España se ha previsto que al concurrir una eximente incompleta los jueces puedan imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada en la Ley (Art. 68 del Código Penal español), y estando a que dicha regulación (Art. 70.1) establece que la pena inferior en grado se formará partiendo de la cifra mínima señalada por la Ley para el delito de que se trate y deduciendo de esta la mitad de su cuantía, lo que permitirá un nuevo límite mínimo[22], no queda duda de que la reducción de la pena será siempre por debajo del marco penal conminado para el delito. A manera de ejemplo podríamos decir que si la pena conminada para un delito fuere no menor de 4 ni mayor de 8, la pena inferior en un grado tendría un máximo de 4 y un mínimo de 2 años.

30 La situación en nuestro país no presente la misma claridad que en España, no porque el texto del precepto que venimos comentando prohíba que la rebaja se haga por debajo del mínimo legal, por el contrario así parece establecerlo; sino porque al considerarse por parte de algunos jueces que la atenuación es facultativa, se ha creído que la rebaja puede efectuarse dentro del mismo marco penal del delito imputado. Como podrá advertirse de asumirse esta posición, en rigor, las eximentes incompletas no serían atenuantes cualificadas, es más cabría decir que su ubicación real sería el artículo 46 del Código Penal, pues en virtud de las circunstancias que allí aparecen, puede fijarse la pena dentro del marco penal conminado, y lo mismo se estaría pretendiendo para las eximentes incompletas.

31 Sin embargo, habiéndose establecido ya que la atenuación de la pena es obligatoria o preceptiva, conforme a lo expuesto en el apartado precedente, la posición antes sugerida deberá ser rechazada y, por el contrario, afirmarse que la atenuación se realiza por debajo del mínimo de la pena conminada. Esto permite concluir que la expresión "hasta límites inferiores al mínimo legal" significa que la reducción de la pena puede empezar desde el extremo inferior

(22) Berdugo Gómez de la Torre, I. / Arroyo Zapatero, L. / Ferré Olivé, J. y otros, *Curso de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 487; Muñoz Conde, F. / García Arán, M., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 607; Llorca Ortega, J., *Manual de determinación de la pena, conforme al Código Penal de 1995. Op. Cit.*, p. 41.

de la pena conminada, y llegar al mínimo de la clase de pena de que se trate, conforme a lo establecido en el Código Penal; así, de ser la pena privativa de libertad, la atenuación podrá realizarse hasta llegar a los dos días de privación de la libertad.

32 En todo caso es menester precisar que el hecho de que la reducción de la pena deba realizarse por debajo del mínimo de la pena conminada, no significa que la eximente incompleta –y las demás atenuantes cualificadas– permitan fijar una pena concreta, sino que ellas reducen la pena básica, estableciendo un nuevo límite máximo que será el extremo inferior de la pena básica originaria, y un nuevo límite mínimo que será igual a la duración mínima de la clase de pena de que se trate. Pero, si ello es así, queda por averiguar cómo se determinaría la pena concreta dentro de ese nueva pena básica, integrada por un nuevo mínimo y máximo de pena.

VI. Eximente incompleta y aplicación del artículo 46 del Código Penal

33 Se sabe que la determinación judicial de la pena es un procedimiento técnico jurídico que está integrado por determinadas etapas; en nuestro país el profesor PRADO SALDARRIAGA[23] ha señalado que esas etapas son las siguientes: a) Identificación de la pena básica, que si bien generalmente coincide con la pena conminada, en ciertos casos la pena conminada no establece el límite inferior o superior de la pena, supuesto en el cual el juez deberá establecerlo utilizando la duración de la pena privativa de libertad temporal que regula el artículo 29 del Código Penal; b) individualización de la pena concreta, desplazándose entre el mínimo y máximo de la pena básica, según la valoración de las circunstancias del caso concreto, y en aplicación del artículo 46 del Código Penal; c) finalmente, complementación de la pena ya individualizada, considerando para ello la concurrencia de circunstancias cualificadas como las eximentes incompletas, entre otras; que permiten ubicar la pena por encima o por debajo de los límites de la pena básica.

34 Según la ubicación y secuencia de estas etapas, la atenuación de la pena por concurrencia de una eximente incompleta se produciría con posterioridad al análisis de las circunstancias previstas en el artículo 46 del Código Penal; en tal situación la facultad discrecional del juez se vería enormemente favorecida, con el peligro de degenerar en arbitrariedad, por cuanto la reducción de

(23) PRADO SALDARRIAGA, V., *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú. Op. Cit.*, pp. 101-103.

la pena solo dependería de las propias particularidades de la eximente incompleta. Además, desde una perspectiva operativa y práctica, la individualización de la pena con base en las circunstancias del artículo 46 del Código Penal carecería de toda importancia[24], pues, la eximente incompleta obligaría siempre a fijar la pena por debajo del mínimo conminado.

Quizá avizorando esos inconvenientes el profesor PRADO SALDARRIAGA[25] recientemente ha señalado que la tercera etapa –cuando concurren circunstancias cualificadas–, en rigor, es un punto intermedio entre las otras dos etapas; de manera que, y siendo coherentes con aquella afirmación, debe concluirse que una vez determinada la pena básica deberá examinarse la concurrencia de circunstancias cualificadas para ver si esa pena se modifica o no, luego de lo cual, recién podría individualizarse la pena concreta según las circunstancias del caso concreto y en aplicación del artículo 46 del Código Penal. 35

Ahora, yendo más lejos incluso podría sostenerse que la determinación judicial de la pena es un procedimiento que comprende únicamente dos etapas; la primera, destinada a determinar la pena básica, que si bien puede coincidir con el marco penal conminado, en ciertos casos exige que el mínimo o el máximo de la pena sea completado por el juez –de la forma indicada anteriormente–, en tanto que en otros casos, cuando concurre una circunstancia cualificada –por ejemplo, una eximente incompleta– exige que la pena básica sea modificada[26], formándose así una nueva pena básica; y la segunda, dirigida a individualizar la pena concreta que deberá aplicarse al condenado, en función de las circunstancias del artículo 46 del Código Penal. 36

Con todo lo dicho es claro que no consideramos que la concurrencia de una eximente incompleta impida la aplicación del artículo 46 del Código Penal, y tampoco consideramos que este precepto debe aplicarse antes de analizar la concurrencia o no de la eximente incompleta; por el contrario, su complementación aplicando primero las eximentes incompletas y luego el artículo 46 del Código Penal, nos parece que es el único camino para evitar un exceso de discrecionalidad judicial. 37

(24) Todo el esfuerzo en hallar una pena concreta conforme a las circunstancias previstas en el artículo 46 del Código Penal virtualmente sería innecesario.

(25) PRADO SALDARRIAGA, V., "La determinación judicial de la pena". *Op. Cit.*, p. 30.

(26) De concurrir una atenuante calificada deberá modificarse la pena básica hacia abajo; y de concurrir una agravante calificada, la modificación de la pena básica será hacia arriba.

VII. Eximentes incompletas y concurrencia de otras atenuantes o agravantes cualificadas

38 "Lamentablemente el Código Penal vigente, al igual que su antecedente de 1924, carece de normas y reglas que orienten al juez acerca de cómo operar con una concurrencia de circunstancias. Tampoco en la doctrina nacional los juristas se han ocupado, siquiera mínimamente, de este tipo de problemas prácticos"[27]. Con esas palabras PRADO SALDARRIAGA inicia un tratamiento dogmático sobre la concurrencia de las circunstancias en el marco de la determinación judicial de la pena; el aporte dado es sin duda valiosísimo, no obstante, sus planteamientos únicamente se han centrado en las circunstancias agravantes de determinados tipos delictivos[28], de manera que intentaremos establecer algunos lineamientos para tratar la concurrencia de eximentes incompletas, o en general de circunstancias cualificadas.

1. Concurrencia de eximentes incompletas[29]

39 Si afirmamos como lo hace parte de la doctrina española, que la concurrencia de eximentes incompletas debe determinar la reducción de la pena por cada una de ellas, nos veremos en el problema que al hacer la primera reducción, el nuevo mínimo de la pena básica es el mismo que el mínimo de la clase de pena de que se trate, de manera que la segunda reducción en virtud de la otra eximente incompleta, sería prácticamente imposible de concretar.

40 Otra propuesta de solución, y es la que nosotros suscribimos, consiste en afirmar que, de concurrir dos eximentes incompletas, únicamente una de ellas deberá producir el efecto atenuatorio cualificado, en tanto que la otra se valorará como si de una circunstancia ordinaria se tratara, a efectos de establecer la pena concreta dentro de la nueva pena básica. Esto último significa que habiéndose modificado (reducido) el marco penal básico por la concurrencia de una eximente incompleta, la pena concreta deberá determinarse en función

(27) PRADO SALDARRIAGA, V., *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú. Op. Cit.*, p. 109.

(28) Esto es de verse en ibídem, p. 112. Pero, con mayor claridad en PRADO SALDARRIAGA, V., "La determinación judicial de la pena". *Op. Cit.*, p. 40-42.

(29) El problema también ha sido planteado en España y, ciertamente, la cuestión es debatible y confusa; se muestran a favor de la atenuación por cada una de ellas, LLORCA ORTEGA, J. *Manual de determinación de la pena, conforme al Código Penal de 1995. Op. Cit.*, pp. 43, 44 y 118; PADILLA ALBA, H., "Problemas que plantean las eximentes incompletas en la determinación judicial de la pena". *Op. Cit.*, p. 573. En contra están, CHOCLÁN MONTALVO, J., *Individualización judicial de la pena. Op. Cit.*, pp. 135 y 138; CÓRDOBA RODA, J., *Las eximentes incompletas en el Código Penal. Op. Cit.*, pp. 37-38.

tanto de las circunstancias del artículo 46 del Código Penal, como de la otra eximente incompleta.

2. Concurrencia de una eximente incompleta con otra atenuante cualificada[30]

41 Es posible que en un caso concurran una eximente incompleta y una atenuante cualificada; pues bien, comoquiera que ambas tienen como efecto jurídico modificar (reducir) la pena básica, conformando así una nueva, podría concluirse que la solución deberá ser la misma que la propuesta para la concurrencia de eximentes incompletas, vale decir, que solamente una de ellas produzca su efecto atenuatorio, mientras la otra deberá valorarse junto con las circunstancias del artículo 46 del Código Penal, a efectos de fijar la pena concreta.

42 En el supuesto de que la eximente incompleta prevea un mayor efecto atenuatorio que la atenuante cualificada con la que concurre, o viceversa, estimamos que deberá estarse a lo más favorable para el imputado.

3. Concurrencia de una eximente incompleta con una agravante cualificada

43 Siendo catalogada la eximente incompleta como una atenuante cualificada, podría considerarse que de concurrir con ella una agravante de la misma naturaleza, ambas quedarían compensadas. Un problema similar se planteó CÓRDOBA RODA[31], con relación al anterior Código Penal español; en concreto se preguntaba si la segunda reincidencia (que agravaba la pena) debía ser compensada con la eximente incompleta (que atenuaba la pena), ello en razón a que tenían una idéntica eficacia, aunque de signo contrario; la respuesta del citado profesor fue negativa, haciéndola residir básicamente en el hecho de que la compensación de circunstancias estaba regulada en el Código Penal para las circunstancias ordinarias, y no para las privilegiadas.

(30) También se ha planteado el problema en España y la acumulación de atenuaciones por concurrencia de una eximente incompleta, y los supuestos de complicidad o tentativa, estos últimos regulados de forma similar a aquella, es aceptada por CHOCLÁN MONTALVO, J., *Individualización judicial de la pena. Op. Cit.*, p. 135; PADILLA ALBA, H., "Problemas que plantean las eximentes incompletas en la determinación judicial de la pena". *Op. Cit.*, pp. 572-573; LLORCA ORTEGA, J. *Manual de determinación de la pena, conforme al Código Penal de 1995. Op. Cit.*, pp. 43, 44 y 118; este mismo autor indica que respecto a la concurrencia de una eximente incompleta y la circunstancia de minoría de edad, cuya atenuación es similar a la primera, las opiniones están divididas: en contra está ANTÓN ONECA; de forma dubitativa, QUINTANO RIPOLLÉS y CÓRDOBA RODA; a favor, CASABÓ RUIZ, pp. 110 y 111.

(31) CÓRDOBA RODA, J., *Las eximentes incompletas en el Código Penal. Op. Cit.*, pp. 34-36.

44 Ciertamente el problema analizado en España no es idéntico al que se presenta en nuestro país, en principio, porque no tenemos regulación sobre la compensación de circunstancias, y, además, porque las agravantes cualificadas en nuestro Código Penal no tienen la misma formulación que las atenuantes cualificadas –entre ellas las eximentes incompletas–. En la atenuación el legislador alude a que puede reducirse prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal, en cambio, en las agravantes se precisa que podrá aumentarse la pena hasta en una mitad, un tercio, una cuarta parte por encima del máximo legal conminado; de esa forma en general el efecto atenuatorio será mayor al efecto agravatorio, y ello complica en parte la defensa de la tesis compensatoria.

45 De asumirse la tesis de la compensación, entonces, valga la precisión, la pena básica será la originariamente prevista para el delito de que se trate, y será en ese marco que deba fijarse la pena concreta. Si se rechaza la compensación ambas tendrán eficacia y el problema residiría en saber cuál de las circunstancias debe operar primero; aunque esta afirmación no resulte sino una mera aproximación especulativa, creemos que sería conveniente aplicar primero la agravante cualificada, para luego proceder a determinar el efecto de la atenuante cualificada, en este caso de la eximente incompleta; esta posición se basa en que permitiendo la eximente incompleta una reducción de la pena que puede llegar hasta el mínimo de la clase de pena de que se trate, su aplicación posterior a la agravante cualificada en general le resultaría favorable al imputado.

VIII. Conclusiones

46 En puridad, cuando se está ante un escrito tan pequeño, las conclusiones están en los párrafos de cada apartado en que está dividido, de manera que este acápite perfectamente pudo obviarse; pero, ya habiéndolo considerado, nos parece oportuno señalar lo siguiente: muchos preceptos de la parte general son abordados desde la perspectiva de la teoría del delito, y si bien ello no es errado, sin embargo, debe evidenciarse que también pueden ser tratados desde la perspectiva de la teoría de la pena, para ser precisos, con relación a la determinación judicial de la pena. Si este comentario puede hacer patente ello, creo que habrá servido redactarlo.

IX. Bibliografía

47 Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio / Arroyo Zapatero, Luis / Ferré Olivé, Juan Carlos y otros, *Curso de Derecho penal. Parte general*. Ediciones Experiencia,

Barcelona, 2004; Boix Reig, Javier / Orts Berenguer, Enrique, "Consideración sobre las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y su papel en orden a la determinación de la pena". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales* Nº 7-8, Lima, 1998; Boldova Pasamar, Miguel Ángel, "La reducción obligatoria de la pena cuando concurre alguna eximente incompleta". En: *Revista de Derecho penal y Criminología* Nº 1, 1998; Choclán Montalvo, José Antonio, *Individualización judicial de la pena*. Colex, Madrid, 1997; Córdoba Roda, Juan, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*. Instituto de Estudios Jurídicos, Oviedo, 1966; García Arán, Mercedes, *Los criterios de determinación de la pena en Derecho español*. Ediciones de la Universidad de Barcelona, Barcelona, 1982; Llorca Ortega, José, *Manual de determinación de la pena, conforme al Código Penal de 1995*. 5ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; Muñoz Conde, Francisco / García Arán, Mercedes. *Derecho penal. Parte general*. 4ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; Pacheco, Joaquín, *Estudios de Derecho penal. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid*. Tomo I. Boix, Madrid, 1842; Padilla Alba, Herminio Ramón,"Problemas que plantean las eximentes incompletas en la determinación judicial de la pena". En: González Rus, Juan José (coordinador), *Estudio penales y jurídicos. Homenaje al Prof. Enrique Casas Barquero*. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 1996; Prado Saldarriaga, Víctor Roberto, "La determinación judicial de la pena". En: *Nuevos criterios para la determinación judicial de la pena*. CIJ del Poder Judicial, Lima, 2007; Prado Saldarriaga, Víctor Roberto, *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*. Gaceta Jurídica, Lima, 2000; Viterbo Arias, José, *Exposición comentada y comparada del Código Penal del Perú de 1863*. Tomo 1. Librería e Imprenta Gil, Lima, 1900.

§ 22
Responsabilidad penal atenuada por la edad del agente

Concepción Carmona Salgado
Universidad de Granada
(España)

Sumario

		Nm	P			Nm	P
I.	Naturaleza y fundamento de la atenuante.....	1	277	II.	Los denominados jóvenes-adultos como sujetos destinatarios de la misma	4	278
				III.	Bibliografía.....	8	280

§ 22.- Responsabilidad restringida por la edad

"Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años o más de sesenta y cinco años al momento de realizar la infracción, salvo que haya incurrido en forma reiterada en los delitos previstos en los artículos 111, tercer párrafo, y 124, cuarto párrafo.

Está excluido el agente integrante de una organización criminal o que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, homicidio calificado, homicidio calificado por la condición oficial del agente, feminicidio, ***sicariato, conspiración para el delito de sicariato y ofrecimiento para el delito de sicariato,*** *extorsión, secuestro, robo agravado, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, apología,* ***genocidio, desaparición forzada, tortura,*** *atentado contra la seguridad nacional, traición a la Patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua".*

I. Naturaleza y fundamento de la atenuante

Junto a la genérica e incondicional declaración de inimputabilidad e irresponsabilidad penal de los menores de dieciocho años que contiene el artículo 20.2 CP peruano, y que conlleva la remisión de los mismos al CNA para su específico tratamiento a través del sistema de medidas socio-educativas o protectoras que este cuerpo legislativo prevé para los adolescentes infractores (doce a dieciocho años), en el primer caso, y para los niños (menores de doce), en el segundo, el artículo 22 CP, que opera como complemento de aquel precepto, contempla una atenuante de dicha responsabilidad, exclusivamente basada en el dato cronológico de hallarse el delincuente comprendido en la franja de los *dieciocho a los veintiún años* al tiempo de cometer el hecho punible, atenuación que se hace igualmente extensible a las personas que hubieren alcanzado los sesenta y cinco años de edad. 1

2 Se trata, pues, de una circunstancia atenuante cuyo fundamento radica en el criterio *biológico* señalado, unido al del *discernimiento*, a modo de presunción legal *iuris tantum* de que el sujeto que en el momento de cometer el delito se encuentre comprendido en esos topes de edad "puede" tener su *imputabilidad disminuida*, es decir, no gozar de plena *capacidad de culpabilidad*, debido, bien a su todavía corta edad, bien al hecho de haber alcanzado un límite superior de la misma. La posibilidad de rebajar en ambos supuestos la pena es *facultativa* para el juez, quien, según reza la fórmula de este precepto, *podrá* reducirla *prudencialmente*, lo que, de una parte, significa que la atenuación no es de obligatoria aplicación por su parte en ninguna de las dos hipótesis reseñadas, y, de otra, que la intensidad de la rebaja de la misma depende de su particular *arbitrio*, según cada caso concreto, al no estar *a priori* legalmente establecida con carácter genérico. Quedan, no obstante, excluidos de este discrecional privilegio quienes hubieren cometido delitos graves, es decir, sancionados en el CP peruano con pena privativa de libertad superior a veinticinco años o con cadena perpetua.

3 La combinación de ambos elementos, el *cronológico* y el del *discernimiento*, este segundo relativo al mayor o menor grado de *madurez y desarrollo de la personalidad* del joven infractor o, en su caso, al *particular deterioro* de ambas facultades que pudiera sufrir el delincuente al alcanzar dicho tope superior de edad, legalmente cifrado en los sesenta y cinco años, es una tarea que el artículo 22.1 CP deja en manos del juez cuyo prudente arbitrio determinará si procede o no aplicar la presente circunstancia atenuante y la correspondiente y "prudencial" rebaja de la pena que ello conlleva al apreciar disminuida la capacidad de culpabilidad de uno u otro sujeto. Es decir, queda a su total discreción decidir no solo si estima o no esta causa de atenuación sino también el *quantum* de la disminución de la respectiva sanción a imponer por el delito en concreto cometido, pues la ley no le impone reglas específicas de determinación al respecto.

II. Los denominados jóvenes-adultos como sujetos destinatarios de la misma

4 En el sistema español de justicia juvenil, la originaria redacción de la LO 5/2000, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 CP, había previsto en su día que su reglamentación podía aplicarse también a los jóvenes comprendidos entre los dieciocho y los veintiún años, si bien en muy determinados supuestos y cuando el juez, oído el Ministerio Fiscal, el letrado del imputado y el Equipo Técnico, lo acordare mediante auto, a cuyos efectos era preciso

que estos infractores, conocidos como *jóvenes-adultos*, siguiendo la nomenclatura de la JGG germánica, que, aún a fecha de hoy, los sigue incluyendo en su normativa, solo hubieran cometido un hecho meramente constitutivo de falta o de delitos menos grave, sin violencia ni intimidación en las personas ni grave peligro para la vida o la integridad física de las mismas, no hubiesen sido condenados en sentencia firme por actos delictivos una vez cumplidos los dieciocho años y siempre que su grado de madurez y circunstancias personales así lo aconsejaran (Art. 4 LRPM). Pues bien, dicha integración de los mismos en la jurisdicción especial de menores española se dio al traste con la reforma operada por la LO de 22 de diciembre de 2000 cuya Disposición Transitoria Única suspendió dicha aplicación por un plazo de dos años, contados a partir de la entrada en vigor de la misma: hasta el 13 de enero de 2003. Ulteriormente, y antes de agotarse ese plazo, la también Disposición Transitoria Única de la LO de 10 de diciembre de 2002 volvió a prorrogar esa suspensión provisional hasta el 1 de enero de 2007, habiéndola suprimido definitivamente la LO de 4 de diciembre de 2006.

Prescindir finalmente de los jóvenes comprendidos en ese tramo de edad 5
a efectos de aplicarles la legislación especial de menores en casos tan excepcionales y seleccionados como los arriba señalados ha sido, a mi juicio, un fallo legislativo innecesario, y de todo punto contrario a la esencia reeducadora que debería inspirar a dicha legislación, sin que su inclusión en ella hubiera supuesto, en casos tan contados, vulneración alguna de los derechos de las eventuales víctimas, dada la levedad de las infracciones cometidas por ellos. En este particular contexto podría haber incidido de forma muy positiva el *principio de oportunidad* procesal y algunas de las consecuencias que su aplicación comporta, según la propia LRPM española, que, por ejemplo, permite al fiscal desistir de la incoación del expediente por corrección del joven en el ámbito educativo y familiar (Art. 18) o sobreseerlo por conciliación o reparación de la víctima a través de la figura de la mediación (Art. 19), como respuesta legal a uno de los más que consolidados criterios orientadores de un moderno Derecho penal juvenil a nivel europeo e internacional: la aplicación a estos supuestos de delincuencia menor o de bagatela de los beneficios político-criminales que tanto para el perjudicado como para el infractor se derivan del recurso a tales estrategias *desjudicializadoras y de justicia restauradora,* manifestaciones ambas del principio penal de intervención mínima que debe regir en este ámbito.

Como colofón a esta nefasta reforma, debido, sin duda, a un error legis- 6
lativo, consecuencia de la caótica tramitación parlamentaria de que fue objeto

la LO 8/2006, el día 1 de enero de 2007, como ya he apuntado, debía haber entrado en vigor el hoy derogado por ella artículo 4 de la LO 5/2000, pese a que la real vigencia de la citada Ley de reforma no habría de producirse hasta el 5 de febrero del propio años. Ese desajuste cronológico –del 1 de enero al 5 de febrero– obligaría a los jueces de menores a revisar la situación penal de algunos de los llamados jóvenes-adultos que se hallaren entonces en prisión preventiva, los cuales podrían haberse acogido a los efectos retroactivos de la legislación más favorable para ellos: a la sazón la LO 5/2000 *ex* artículo 4. Sin embargo, y ante la incertidumbre y el descontrol que podía suscitar el que cada Juzgado y fiscalía de Menores adoptara entonces su particular criterio de solución al respecto, el fiscal general del Estado decidió resolver el dilema impartiendo a todos ellos una genérica y homogénea instrucción que descartaba, en todo caso, la posibilidad de recurrir a la mencionada aplicación retroactiva.

7 En verdad, han sido muchas y demasiado desafortunadas las sucesivas reformas a las que se ha visto sometida la primigenia LO 5/2000 en su corta vida de existencia, y eso que, en su momento, resultó aprobada por un amplio consenso parlamentario; ello, por desgracia, ha determinado que el modelo de Derecho penal juvenil español, cuya consecución ha supuesto tantos años de esfuerzos legislativos, institucionales y personales-profesionales, se haya ido paulatinamente degenerando al escorar hacia un Derecho penal cada vez más próximo al de los adultos, Y, quién sabe si lo peor no está aún por llegar, pues, sin ir más lejos, el Presidente del Partido Popular, Sr. Rajoy, ha anunciado en los últimos días, mientras finalizo el presente comentario, que volverá a reformar la Ley del Menor si gana las próximas elecciones generales, que se celebrarán en España el día 9 de marzo, incluyendo en ella a los *niños de doce años* que cometan delitos de cierta entidad; decisión esta equivocada donde las haya, ya que no puede seriamente pensarse que con tan corta edad tales sujetos estén en condiciones de gozar de la capacidad de culpabilidad suficiente como para ser declarados responsables criminales, por grave que sea el delito que hayan cometido, aparte de que es un dato criminológico-estadístico constatado que en nuestro país, a día de hoy, este tipo de supuestos son absolutamente excepcionales, por no decir casi anodinos. Así pues, que Dios reparta suerte.

III. Bibliografía

8 Abel Souto, Miguel, "Las medidas del nuevo Derecho penal juvenil (consideraciones en torno al artículo 7 de la Ley Penal del Menor". En: *Actualidad Penal* Nº 6. 2002; Aguirre Zamorano, Pío, "Medidas aplicables en la legislación de menores". En: *Cuadernos de Derecho Judicial* Nº 15, 1996 (ejemplar dedicado a:

Menores privados de libertad); BUENO ARÚS, Francisco, "Menor edad: imputabilidad o inimputabilidad sui géneris. Influencia en este punto de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor". En: *Estudios de Derecho Judicial* Nº 110, 2006 (ejemplar dedicado a: actual doctrina de la imputabilidad penal); CADENA SERRANO, Fidel, "Las medidas reguladoras de la responsabilidad penal del menor en el nuevo Derecho penal juvenil". En: BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel (editor), *El nuevo Derecho Penal juvenil español*: (Jornadas sobre la nueva Ley Penal del Menor, celebradas en la Universidad de Zaragoza los días 4, 10 y 11 de mayo de 2001). Gobierno de Aragón, Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales, Zaragoza, 2002; CARMONA SALGADO, Concepción, "Algunas observaciones sobre la responsabilidad penal de los menores a raíz de la Ley 5/2000, de 12 de enero". En: *Los derechos humanos. Libro homenaje al Exmo. Sr. D. Luis Portero García*. Universidad de Granada, Granada, 2001; CARMONA SALGADO, Concepción. "Consideraciones críticas sobre las sucesivas reformas de la legislación penal de menores a partir de la LO 5/2000. La nueva Ley 8/2006". En: *Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario La Ley Penal* Nº 45, enero de 2008; CARMONA SALGADO, Carmen, "La delincuencia de jóvenes y menores: hacia una nueva regulación jurídica". En: *Protección jurídica del menor*. Universidad Internacional de Andalucía, Sede Antonio Machado de Baeza, Asociación de Letrados de la Junta de Andalucía, Granada, 1997; CARMONA SALGADO, Concepción, "Comentario al artículo 19 del Código Penal". En: COBO DEL ROSAL, Manuel (director). *Comentarios al Código Penal*. Tomo II. Edersa, Madrid, 2000; CARMONA SALGADO, Concepción, "Las medidas y sus criterios de determinación en la Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores". En: *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal. Formación de fiscales especialistas de menores*. T. I, CEJAJ, 2002; CEZÓN GONZÁLEZ, Carlos, *La nueva ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. Bosch, Barcelona, 2001; ESQUINAS VALVERDE, Patricia. "La mediación entre víctima y agresor como forma alternativa de resolución del conflicto en el sistema judicial penal de adultos: ¿una alternativa también viable en España?". En: *Revista Penal* Nº 18, 2006; GARCÍA PÉREZ, Octavio, "Los actuales principios rectores del Derecho Penal juvenil: un análisis crítico". En: *Revista de Derecho Penal y Criminología* Nº 3, enero 1999; GARCÍA PÉREZ, Octavio, "La posición del menor y el perjudicado en el Derecho Penal de menores". En: *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal* Nº 1, 2002; GARCÍA PÉREZ, Octavio y otros, *La delincuencia juvenil ante los juzgados de menores*. Tirant lo Blanch-Criminología, Valencia, 2008; GARRIDO GENOVÉS, Vicente y otros, *El modelo de la competencia social de la Ley de Menores. Cómo predecir y evaluar para la intervención educativa*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?". En: *Estudios de Derecho Penal*. 3ª edición. Tecnos, Madrid, 1990; GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, "Algunos aspectos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor". En: *Actualidad*

Penal Nº 10, 2001; Gómez Rivero, María del Carmen y otros, *Comentarios a la Ley Penal del Menor conforme a las reformas introducidas por la LO 8/2006*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007; Grupo de Estudios de Política Criminal, *Manifiesto a favor de una justicia juvenil. Un proyecto alternativo a la regulación penal y procesal de los menores*. Tirant to Blanch, Valencia, 2000; Landrove Díaz, Gerardo. *Introducción al Derecho penal de menores*. 2ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007; Magro Servet, Vicente, "La prevención en la delincuencia juvenil". En: *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi* Nº 481, 2001; Martín Brañas, Carlos, "La incorporación de la acusación particular al proceso penal de menores". En: *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario* Nº 3, 2004; Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*. 7ª edición. Reppertor, Barcelona, 2004; Oñate Cantero, Araceli, "Acoso y violencia escolar. Precisión terminológica e implicaciones jurídicas". En: *Estudios de Derecho Judicial* Nº 94, 2006 (ejemplar dedicado a: El *mobbing* desde la perspectiva social, penal y administrativa); Ornosa Fernández, María Rosario, *Derecho penal de menores*. Bosch, Barcelona, 2005; Portilla Contreras, Guillermo, "Fundamentos teóricos de una alternativa al concepto tradicional de inimputabilidad del menor". En: *Protección jurídica del menor*. Universidad Internacional de Andalucía, Sede Antonio Machado de Baeza, Granada, 1999; Rovira Torres, Olga, *La responsabilidad penal de los menores*. Bosch, Barcelona, 2007; Roxin, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Grundlagen Aufbauder Verbrechenslehre*. Band I, München, 3ª edición de 1997 y 4ª edición de 2006; Roxin, Claus, *La teoría del delito en la discusión actual*. Traducción de Manuel Vásquez Abanto. Idemsa, Lima, 2007; Silva Sánchez, Jesús-María, "La política criminal ante el hecho penalmente antijurídico cometido por un menor de edad". En: *Estudios Jurídicos* Nº 8. Consejo General del Poder Judicial, Generalitat de Cataluña, 1994; Tamarit Sumalla, José María, "El nuevo Derecho penal de menores ¿Creación de un sistema penal menor?". En: *Revista Penal* Nº 8, 2001; Vázquez González, José Carlos / Serrano Tárrega, María Dolores, *Derecho penal juvenil*. 2ª edición. Dykinson, Madrid, 2008.

CAPÍTULO IV

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

§ 23
Autoría mediata

ULISES HERNÁNDEZ PLASENCIA
Universidad La Laguna/Tenerife
(España)

Sumario

	Nm	P
I. Perspectiva general	1	285
II. Viabilidad de la autoría mediata en los distintos conceptos de autor	2	286
1. Concepto unitario de autor	2	286
2. Concepto extensivo de autor	3	287
3. Concepto objetivo-formal de autor	5	288
4. Concepto finalista de autor	7	288
5. Concepto de autor según la teoría de la totalidad *–Ganzheitstheorie–*	11	290
6. Concepto de autor en función de los criterios de "urgencia" o "perentoriedad"	13	291
7. Concepto de autor en los delitos imprudentes	14	291
8. Concepto de autor en los delitos de omisión	17	292
9. Concepto de autor en los delitos de propia mano	19	293
10. Concepto de autor en los delitos especiales	21	294
11. Concepto legal de autor	25	295
III. Esencia de la autoría mediata	32	298
1. Sujetos	33	298
2. Ejecución	34	298
3. Tentativa	36	299
4. Instrumentalización	40	301
IV. El dominio del hecho en la autoría mediata	42	302
1. El dominio mediante coacción cuando el instrumento no es víctima	42	302
2. Dominio mediante error cuando el instrumento no es víctima	46	304
3. Dominio con identidad entre víctima e instrumento	63	310
4. Aparatos organizados de poder	77	317
V. Bibliografía	82	320

§ 23. La autoría mediata

"El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción".

I. Perspectiva general

El artículo 23 del CP peruano establece, como la mayoría de los modernos ordenamientos jurídicos, un concepto de autor en el que de modo expreso alude a las tres formas de autoría que reconocen mayoritariamente la ciencia 1

y la jurisprudencia: autoría directa –el que realiza el hecho por sí–, autoría mediata –por medio de otro– y la coautoría –conjuntamente–. La ciencia del Derecho penal ha ido configurando de modo diverso la autoría en la búsqueda de un concepto de autor útil para explicar las diferentes manifestaciones de la autoría. La distinta forma de aproximación al hecho punible que, en un principio, parte de la suficiencia de la causa o condición del resultado, se consolida finalmente centrándose en aquella de las intervenciones que domina el acontecimiento delictivo, aunque modernamente han surgido otras formulaciones que remarcan el carácter esencialmente normativo de la autoría. Si bien casi todas las teorías sobre la autoría parten del punto común, o llegan a la misma conclusión, de que la ejecución de propia mano del tipo penal constituye autoría directa –aunque su delimitación concreta se realice con arreglo a diversos criterios–, la uniformidad del concepto de autor peligra o parece diluirse cuando se trata de fundamentar la coautoría o la autoría mediata y cuando se examina la autoría en determinados grupos de delitos –imprudentes u omisivos–.

II. Viabilidad de la autoría mediata en los distintos conceptos de autor

1. Concepto unitario de autor

2 Todavía previsto en algunos ordenamientos jurídicos y defendido por algunos autores, la distinción entre autoría y participación no existe. Todo interviniente en el hecho típico responde siempre como autor del mismo, cualquiera que haya sido la magnitud de su contribución. Toda intervención en el hecho que, con arreglo a la teoría de la equivalencia de las condiciones, constituya un factor causal del resultado fundamenta por sí misma la autoría, resultando indiferentes, para apreciar esta, tanto el rol que desempeña el partícipe en la causación del hecho como que su contribución no realice completamente la descripción típica. Al concepto unitario de autor, sin embargo, le han sido formuladas variadas y duras críticas encaminadas fundamentalmente a poner de manifiesto la exagerada ampliación de la punibilidad (por ejemplo en los supuestos de tentativa de participación en el suicidio). La autoría mediata encaja perfectamente en el sistema unitario pero englobando, además de la coautoría, la inducción y la complicidad, desdibujándose prácticamente las líneas divisorias de la autoría mediata con las formas de participación, apareciendo aquella como un mero suceso fenomenológico carente de todo valor político-criminal y dogmático. Y, asimismo, o la distinción dogmática entre la autoría inmediata y mediata nada aportaría; lo

único que propicia es que las formas de participación se convierten en autoría mediata. Pero también, algunos casos de coautoría se transforman en autoría mediata, como por ejemplo el caso del vigilante en el robo, y en los casos en que se determina al instrumento a realizar una conducta atípica (suicidio, autolesiones), el inductor pasa a ser autor inmediato, y no mediato, puesto que no determina a otro a realizar un hecho antijurídico, produciendo una verdadera hipertrofia de las categorías actuales de la codelincuencia.

2. Concepto extensivo de autor

Nace justamente con la primordial pretensión de abarcar también los 3
casos de autoría mediata. Algunos autores consideran que las diferencias que el Derecho positivo obliga a efectuar entre la autoría y la participación no pueden establecerse únicamente en el plano objetivo; en este ámbito, más que diferencias, solo pueden reconocerse coincidencias entre las distintas aportaciones causales de los intervinientes en el delito –autores y partícipes–, pues según la teoría de la equivalencia de las condiciones todas aquellas constituyen causa del resultado. Por ello, la esencia de la codelincuencia se traslada al campo de lo subjetivo, y autor será el que comete el hecho con *animus auctoris*, mientras que el partícipe lo realiza con *animus socii* (este planteamiento sirvió al RG y al BGH para fundamentar la autoría en los famosos casos de la bañera –*Badewannenfall*–, que condenó como cómplice a una mujer que había ahogado en una bañera al hijo recién nacido de su hermana, condenada esta última como autora porque se lo había solicitado a la ejecutora y en el *Staschinskij*, que condenó como cómplice al agente soviético que había asesinado, por orden de una autoridad soviética, a dos exiliados soviéticos en Alemania).

Pero tiene razón GIMBERNAT ORDEIG cuando critica o la teoría subjetiva 4
su punto de partida, de que es imposible en el plano objetivo distinguir entre las formas de codelincuencia. Y en efecto, si se atiende solo a la causalidad es bien cierta tal imposibilidad, pero no hay nada que nos obligue a considerar las aportaciones de los intervinientes en el hecho punible *únicamente* como condiciones. Además, no puede aceptarse que exista instrumentalización ni participación cuando el sujeto que actúa delante es el que libremente se autodetermina a realizar un hecho. Un juicio desvalorativo sobre una conducta con total falta de identidad entre sus entidades objetiva y subjetiva implica una representación ficticia de la realidad.

3. Concepto objetivo-formal de autor

5 La idea de la causalidad, con sus agregados, deja de constituir el principio conductor de la autoría para convertirse en un elemento más del tipo de lo injusto. El centro neurálgico de la autoría reside en la ejecución del delito, considerándose autor a quien ejecuta la acción que causalmente produce el resultado. Pero no cualquier acción que lo produzca, como le bastaba al concepto unitario. La autoría depende de que el sujeto ejecute la acción que describe el tipo penal. Los que cooperan a la perpetración del delito sin llegar a ejecutar la acción típica serán castigados como partícipes, es decir, como inductores o cómplices. Autor es, según esta concepción, aquel que ejecuta por sí mismo, en todo o en parte, la acción descrita en el tipo penal. El contraste entre la conducta realizada y los diversos tipos penales de la PE –y no solo la verificación de la causalidad entre la acción y el resultado– es determinante para concretar la autoría de un hecho punible.

6 El gran acierto de la teoría objetivo-formal lo obtuvo porque supo caracterizar al autor frente al partícipe, pues esta teoría nació para deslindar al coautor del cómplice. Su gran defecto, por el contrario, radica en la dificultad con que se encuentra para diferenciar las diversas formas de autoría, e incluso para la aceptación de algunas de ellas, especialmente la autoría mediata y la coautoría. Concretamente, se ha señalado que no puede explicar la autoría mediata porque si el autor del delito es el que personalmente ejecuta alguno o todos los elementos del tipo, el autor mediato quedaría fuera de esa conceptuación ya que no realiza de propia mano la ejecución de la acción típica, sino a través de otro, y además el instrumento tampoco realiza la conducta típica puesto que en algunos casos no actúa dolosamente (por ejemplo, el sujeto que indica a otro, ignorante de las cosas, que toque un cable de alta tensión a consecuencia de lo cual muere). Y hay casos en los que el autor mediato sí ejecuta al menos parte del tipo (por ejemplo el que fabrica una bomba y la conecta al interruptor para que cualquier sujeto –instrumento– que lo oprima la haga explotar y cause la muerte a unas personas).

4. Concepto finalista de autor

7 No es el producto de una teoría más sobre la autoría y participación; es parte de un sistema penal, cuya raíz se encuentra en la teoría de la acción final que formulara WELZEL, para quien autor del delito doloso "es solo aquel que, mediante la dirección consciente y final del curso causal hacia el resultado típico, es señor sobre la realización del tipo"; esto significa, en una formulación más concentrada, que "autor finalista es señor sobre su decisión y la ejecución,

y por ello señor sobre 'su' hecho". Desde un primer momento –amén de diferenciar entre autoría y participación, cosa lógica al tratarse de un concepto restrictivo– la teoría del dominio del hecho distingue claramente en los delitos dolosos diversas formas de autoría: la directa, la mediata y la coautoría.

Pero no cabe duda de que ha sido ROXIN el que más y mejor ha desarro- 8
llado el concepto finalista de autor, hasta el punto de convertirlo en mayoritario en la ciencia del Derecho penal alemana y desbancar también la concepción subjetiva de la autoría que durante más de un siglo venía manteniendo la jurisprudencia de su país. Crucial para ese logro fue la publicación de su obra *Täterschaft und Tatherrschaft* (*Autoría y Dominio del hecho*) en 1963. En ella aborda la autoría en toda clase de delitos bajo dos principios conductores fundamentales: a) en primer lugar, el autor aparece como *figura central* del acontecimiento típico; y b) en segundo lugar, el dominio del hecho se configura como un *concepto abierto*. No siempre, sin embargo, el autor es la figura central del hecho, si con ello quisiéramos poner de manifiesto la realidad de la autoría. En la autoría mediata, ser autor mediato no se deriva de la posición central del acontecimiento típico, pues en muchos de ellos junto a autor mediato existe un autor inmediato del delito –instrumento–. Y tampoco, desde mi punto de vista, no se es rigurosamente fiel a que el concepto de autor sea abierto, pues resulta patente cuando se adopta como criterio (cerrado) el principio de responsabilidad para determinar la autoría mediata mediante coacción.

ROXIN considera que el 'dominio de la acción' –*Handlungherrschaft*– es 9
el elemento característico de la autoría directa o inmediata, pero superposición de diversos grados de dominio sobre un mismo acontecimiento posibilita considerarles a ambos autores, aunque con un distinto fundamento del dominio. Esto ocurre, según ROXIN, aunque no siempre, en la autoría mediata, en donde el instrumento tiene el dominio de la acción pero es el sujeto de atrás quien tiene el 'dominio de la voluntad' –*Willensherrschaft*–. Pero, con razón, CEREZO MIR ha tachado de artificiosa la distinción entre dominio de la acción y dominio de la voluntad, pues "la voluntad es el factor que impulsa y configura la acción. Si se tiene el dominio de la voluntad, se tiene el dominio de la acción". Y, por otro lado, cuando varios sujetos concertados realizan el hecho punible, solo pueden ser coautores si ostentan cada uno de ellos un dominio funcional del hecho –*funktionelle Tatherrschaft*–. Este dominio tampoco proviene aquí de la realización de actos de ejecución del tipo, sino de la función que, conforme a una división del trabajo, ejerce cada interviniente en el hecho siempre que constituya una aportación esencial en la fase de ejecución del delito.

10 Por otro lado, según la opinión dominante, el criterio del dominio del hecho no es un criterio universal al no determinar la autoría en cualquier clase de delito. Donde opera el dominio del hecho es únicamente en los denominados "delitos de dominio" *–Herrschaftsdelikte–*, pero no sirve para los delitos especiales y los de omisión, caracterizados por algunos como delitos consistentes en la infracción de un deber *–Pflichtdelikte–*, ni para los de propia mano *–Eigenhändigedlikte–*, ni para los imprudentes *–Fahrlässigedelikte–*.

5. Concepto de autor según la teoría de la totalidad *–Ganzheitstheorie–*

11 La imputación objetiva del hecho constituye su método de determinación de la autoría. SCHMIDHÄUSER señala que la autoría mediata no se atiene a una definición conceptual, sino que responde a una realidad fenomenológica integrada por diversos momentos que afectan al tipo de lo injusto. Entre esos momentos, de naturaleza externo-objetiva, menciona a la presencia en el lugar del hecho, la proximidad temporal de la contribución al resultado, la importancia de la aportación para la producción del resultado, la configuración del hecho según lugar y tiempo, la medida del dominio del acontecimiento, la intensidad de la preparación del hecho, etc.; como momentos subjetivos o internos, señala, el interés directo o indirecto en el hecho, el plan del hecho, la elección del objeto del hecho, la importancia personal en relación con los otros colaboradores, etc. Frente a ello cabe indicar que, al ser dependiente la autoría del tipo de lo injusto, solo los elementos que este recoja son los que pueden tenerse en cuenta para la determinación de la autoría. Y es cierto que la mayoría de estos elementos inciden más sobre aspectos de necesidad y merecimiento de pena que sobre lo injusto, y además presenta una gran debilidad: la valoración de esos elementos concurrentes en un hecho, ¿cuándo conducen a la autoría y cuándo a la participación?, ¿cómo se compensan unos y otros elementos?, ¿qué valor tienen esos momentos cuando se ha realizado de propia mano el tipo?

12 En términos de imputación construye BLOY las formas de intervención en el delito desembocando en parecidos resultados. Las particulares formas de intervención en el delito derivan de la relación personal existente entre los sujetos y el acontecimiento típico; esta relación cristaliza en la formación de los *tipos de imputación* de la autoría y la participación. Dicha relación personal del sujeto con el hecho se califica de *directa* en la autoría y de *indirecta* para la participación. El contenido del merecimiento de pena en la autoría se encuentra en el especial desvalor de la acción, y el contacto personal del autor con el hecho se produce,

en los delitos puros de dominio, a través del dominio del hecho. La aportación de BLOY se concentra en calibrar la relación que existe entre los intervinientes en un hecho y este, pero las consecuencias para la determinación de quién es autor y quién es partícipe no se dejan, sin embargo, sentir.

6. Concepto de autor en función de los criterios de "urgencia" o "perentoriedad"

13 También se ha intentado desgranar la esencia de las formas de intervención en el delito atendiendo al modo en que se dirige la norma penal a los distintos sujetos intervinientes. Esta es la postura de STEIN, quien establece la diferencia entre la autoría, la inducción y la complicidad a través de un principio normativo: la norma de comportamiento del autor se dirige a él con mayor "urgencia" o "perentoreidad" –*Dringlichkeit*– que a los otros sujetos. A esta idea viene asociada otra: la de que los partícipes realizan su injusto a través del comportamiento futuro de otro sujeto (el autor). En la autoría mediata se comprenden dos grupos de casos: a) aquellos en que la norma prohíbe la lesión del bien jurídico que se hace efectiva a través de un futuro comportamiento, conforme a derecho, de otro sujeto; y b) aquellos comportamientos prohibidos por la norma cuya peligrosidad se verifica a través del comportamiento antijurídico de otra persona, aunque la infracción del deber del sujeto de delante no es "completa" y/o existe en él una falta de capacidad de obediencia a la norma. El intento de STEIN de trazar los límites de las formas de codelincuencia sobre la base de las normas aporta, a mi juicio, una fundamentación para elegir un criterio restrictivo de autor, pero es difícil, desde este planteamiento, la distinción entre la autoría mediata y la inducción, pues ambas tienen lugar mediante un comportamiento futuro de otro sujeto y están conminadas con idéntica penalidad. Es decir, que la utilización de una persona incapaz de culpabilidad de forma plena (menor de edad) no siempre puede conducir a la autoría mediata. Por ello, solo atendiendo a esta fundamentación normativa, resulta difícil captar la esencia de la autoría mediata. Además, la urgencia de la prohibición del comportamiento no juega ningún papel respecto de concretos sujetos, y no por ello dejan de ser autores de los delitos que cometan, por ejemplo un enajenado incapaz de culpabilidad.

7. Concepto de autor en los delitos imprudentes

14 Por lo que respecta a los *delitos imprudentes*, la autoría se ha venido determinando conforme a un concepto unitario de autor, lo que implica que todos los que hayan infringido el deber objetivo de cuidado deben ser castigados como

autores, sin que se admitieran las formas de participación. En la actualidad, sin embargo, la doctrina mayoritaria utiliza un concepto restrictivo de autor que posibilita la presencia de participación imprudente en el hecho imprudente.

15 Pese a que se ha afirmado, tajantemente, que la autoría mediata imprudente no es ni posible ni necesaria, sí que sería posible si se llega a demostrar que el autor no realiza todos los elementos típicos por sí solo sino que lo hace a través de otro, y necesaria, si quizás no para cubrir lagunas de punibilidad, sí para dar coherencia sistemática y dogmática a la teoría de la autoría.

16 Partiendo de un concepto final de acción, del finalismo, considero posible admitir en la imprudencia, donde el sujeto persigue un fin neutral para el derecho, la existencia de un dominio del acontecimiento de la misma forma que si el fin perseguido por aquel no fuera neutral y actuara con dolo respecto a él. Entre una acción finalista realizada con dolo eventual y la misma acción realizada con imprudencia consciente solo se establece la diferencia en el marco volitivo –y solo respecto del resultado producido– pero no en el intelectual. La parte objetiva del tipo es común al delito doloso y al imprudente. En la imprudencia consciente, el sujeto activo no quiere o no desea realizar el resultado que se produce como consecuencia de su acción peligrosa. El control de la situación, del riesgo que engendra el emprendimiento y desarrollo de la acción, no es mayor por la presencia del elemento volitivo de *contar con la producción del resultado*. El sujeto domina el curso del suceso de igual forma que si actuara con dolo eventual. Por ello, el autor mediato en la imprudencia consciente actúa con dominio del hecho. Cuando se trate de imprudencia inconsciente estaremos en presencia únicamente del dominio fáctico del sujeto activo, pues le falta la posibilidad actual de conocer y dirigir su acción, y la potencial o eventual capacidad de dominio nunca le permite decidir sobre el impulso del curso causal hacia un determinado fin.

8. Concepto de autor en los delitos de omisión

17 En los *delitos de omisión* la doctrina se encuentra dividida respecto a si es posible distinguir entre autoría y participación. Y sucede lo mismo con respecto a la admisión de la autoría mediata en la omisión, pues para unos la estructura de la omisión no permite sino la comisión directa, que se produce ya al infringir el deber que impone actuar en vez de omitir, mientras que para otros es posible, sobre todo, en la comisión por omisión. Los argumentos que esgrimen los autores que rechazan la autoría mediata en la omisión son, en primer lugar, la exigencia de que el sujeto de atrás se sirva de otra persona, dándole el impulso necesario para que cometa el hecho, lo que le debe

convertir en dominador del mismo; en segundo lugar, porque la no evitación del resultado supone ya la plena responsabilidad por omisión, y, por último, porque donde no existe diferencia entre las fuerzas de la naturaleza y el factor humano la autoría mediata pierde su justificación. Por el contrario, se aduce en favor de la autoría mediata en la omisión, la identidad normativa entre la no evitación del resultado que se ha comprometido a evitar y que realiza otro, es decir, quien no evita que un tercero actúe puniblemente es autor mediato en comisión por omisión. El punto de partida viene dado ya por las diferencias estructurales que existen entre la acción y la omisión. En la omisión pura, lo esencial estriba en la no realización de la actividad ordenada por la ley. Si la omisión se produce ya desde que el sujeto lleva a cabo una conducta distinta a la ordenada por la ley, resulta difícil imaginar casos en que un sujeto pueda realizar un tipo omisivo a través de otro impidiendo actuar, mediante una omisión, a un sujeto obligado a ello. Si, por ejemplo, alguien impide que otro realice una acción de salvamento, además de que seguramente se encontrará ante el mismo deber de actuar, no estaría *omitiendo* a través de otro sino *actuando*.

18 Para analizar la autoría en la comisión por omisión, si la autoría mediata consiste en la realización de los elementos del tipo a través de otro ello podría tener lugar, en principio, creando la situación de peligro o la producción de la lesión del bien jurídico del que actúa por delante, cuando el omitente tiene el deber de evitarla. La realización de un hecho omisivo a través de otro, para que constituya autoría mediata, debe producir en el que actúa delante una instrumentalización a través de la coacción o del error. La coacción a través de la omisión es ciertamente difícil, aunque el error algo menos. Los supuestos en que el sujeto *actúa* para que otro omita deben considerarse como casos de acción. Si un sujeto coacciona a otro impidiéndole la salvación de su hijo, no comete un delito de omisión en comisión por omisión, puesto que no tenía la posición de garante, o si creó o incrementó con su acción el peligro, ya no se trataría de su omisión.

9. Concepto de autor en los delitos de propia mano

19 La única razón que puede justificar la existencia de los *delitos de propia mano* debe residir en la especial naturaleza de su injusto, cuya aparición dependa de la forma de realizar el delito; pero esa razón solo puede derivarse de la estructura típica de las conductas punibles. Si, en efecto, existen determinados tipos penales que dada su peculiar configuración exigen una ejecución personal e intransferible por parte del autor, quedaría entonces en ellos justificado el veto a la autoría mediata, porque la esencia de esta estriba precisamente en que el

autor utiliza a otra persona para la ejecución del delito. Como ejemplos paradigmáticos se suelen mencionar a los delitos contra la libertad sexual –*delicta carnis*–, pero también al delito de falso testimonio, a la prevaricación o a la deserción.

20 Sin embargo, la existencia de los delitos de propia mano, deducida de la naturaleza de las cosas, no puede apoyarse entonces y únicamente en las palabras del legislador, en interpretaciones literales o meramente formales. Las razones formales o materiales que hasta ahora se han esgrimido para fundamentar la existencia de los delitos de propia mano son las que debilitan la posible restricción de la apreciación de la autoría mediata en ellos. La estructura gramatical de algunos tipos, la cualidad personal del autor o la significación que en sí misma tenga la acción tipificada no son suficientes para apreciar un distinto desvalor de la acción según esta se ejecute personalmente o no. Esto no significa que la autoría requiera en esta clase de delitos, no una valoración, sino únicamente una subsunción directa –natural– de la actividad del autor mediato. Por ello, mientras la categoría de los delitos de propia mano está en crisis, la aceptación de la autoría mediata en ellos está en auge. El dominio del hecho sigue siendo válido para determinar la autoría en casi todos los delitos que la mayoría de la doctrina considera de propia mano. La limitación podrá venir, sin embargo, cuando se trate de delitos especiales.

10. Concepto de autor en los delitos especiales

21 Los *delitos especiales* no vuelcan la problemática de la autoría exclusivamente sobre la mediata, sino, en general, sobre todas las formas de autoría. Reiteradamente se ha considerado que los delitos especiales constituyen un límite a la autoría mediata, porque no pueden ser cometidos sino por sujetos que reúnan la cualidad necesaria. En realidad, constituye un requisito de la autoría de un tipo, y por ello es tanto un límite para la autoría mediata como para la directa, pues tampoco cabe la autoría directa de un delito especial cuando el sujeto no sea cualificado.

22 La problemática que se presenta para la autoría mediata en los delitos especiales deriva, en efecto, de los casos en que el sujeto de atrás –*intraneus*– no tiene el dominio sobre el hecho que determinado por él ejecuta el sujeto de delante –*extraneus*–. Un sector de la doctrina niega la viabilidad del instrumento doloso no cualificado como caso de autoría mediata. Sin embargo, otro gran sector de la doctrina ofrece, al menos, dos formas de explicación de la autoría mediata en los delitos especiales: el dominio del hecho, si bien de alguna forma matizado, y la infracción de deberes jurídicos.

El criterio de la infracción de un deber extrapenal modifica el sentido 23
de la autoría mediata, prescindiendo de la instrumentalización como su nota característica, por lo que, sin discutir que la esencia de los delitos especiales se encuentre en la infracción de un deber extrapenal, lo que sí resulta criticable es que la autoría mediata, la realización de un hecho a través de otro, no implique instrumentalización sino *autoinstrumentalización*.

El dominio del hecho es el criterio adecuado para determinar la autoría 24
mediata en ellos, pues el *intraneus* que instrumentaliza a otro, *intraneus* o *extraneus,* a que realice el tipo especial propio, también realiza el hecho a través de otro y no personalmente, luego es autor mediato –por supuesto, el *extraneus* no puede ser nunca autor directo ni mediato de un delito especial propio–. El supuesto más conflictivo, sobre todo porque produciría lagunas de punibilidad, lo constituye el instrumento doloso no cualificado, pues la ausencia de instrumentalización –y por tanto, el no dominio del instigador–, así como la falta de cualificación del ejecutor determinarían la impunidad tanto del *intraneus* como del *extraneus*. La naturaleza y la estructura de estos supuestos no obedecen a la realización del hecho *a través* de otro, sino más bien a la figura del actuar *en lugar de* otro, porque esta asume el hecho tal y como se presenta en la realidad. Esto es, el *extraneus* mediante el dominio social típico pasa a ejercer una función que tienen confiada solo determinados sujetos, y debe considerarse autor del delito especial, mientras que el *intraneus* permanece como inductor si instigó a aquel.

11. Concepto legal de autor

Diversas opiniones se han vertido sobre la conveniencia o no de mencio- 25
nar en la ley la figura de la autoría mediata, de que figure un *concepto legal de autor.* Así se había destacado que era necesario porque el autor mediato no realiza la acción típica y su conducta no siempre puede castigarse como inducción o cooperación necesaria, o que la introducción de la autoría mediata de una forma expresa tiene una considerable trascendencia para entender conceptualmente el carácter directo de la participación. Por mi parte también creo en la conveniencia de que un CP reconozca en su texto las diversas formas de autoría, especialmente la mediata. El principio de legalidad se refuerza si además de regular la conducta prohibida u ordenada, se alude a cómo se realiza la conducta prohibida y a quién la realiza o la forma en que puede realizarse. Y aunque es tarea de la doctrina formular un concepto de autor, no está de más tener una base legal, sobre todo para la autoría mediata cuando

el instrumento realiza la acción típica, que admita la posibilidad de realizar el hecho a través de otro que actúa típicamente, es decir, que también sea autor.

26 Y en tal sentido, la fórmula empleada por el CP peruano en su artículo 23 es esencialmente válida, pues supone un cierto avance en la plasmación positiva de las aportaciones científicas al introducir expresamente las formas de autoría, y con ello no puede quedar duda ya de que la autoría mediata es una forma principal de realizar el hecho punible. Además la fórmula empleada, a diferencia por ejemplo de la del CP español, no da pie a que la autoría mediata pueda interpretarse en un sentido restrictivo y quizá incorrecto dogmáticamente. En efecto, la expresión "por medio de otro", sin alusión a que este fuera el instrumento del que se sirve el autor mediato, elimina de plano la posibilidad de incardinar en el artículo 23 del CP la comisión de un hecho punible a través de otro solo en los delitos dolosos, sino también en los imprudentes, pues al no utilizarse el verbo servirse, que implicaría cierta intencionalidad en la utilización de otra persona para cometer el delito.

27 Respecto a la cuestión de si resultaría conveniente introducir una cláusula, al estilo de la comisión por omisión (Art. 13 CP) o de la actuación en lugar de otro (Art. 27 CP), donde se especifiquen los límites de la comisión a través de otro, no resulta necesaria ni por la razón de establecer una equivalencia con la autoría directa ni por una caracterización de la figura del instrumento.

28 Creo que el concepto de autor que se defienda debe ser, al menos, compatible con la regulación que de la autoría hace el CP. No resultará extraño que entre los conceptos que maneja hoy la dogmática penal me incline por acoger aquel del cual se ha dicho que explica mejor que ninguno la autoría mediata. Pero no es esa la razón. Creo que el criterio del dominio del hecho, al depender siempre de una ejecución directa, al no concebirse como un instrumento de imputación objetiva y partiendo de la naturaleza de las acciones humanas que son el objeto de la prohibición o mandato de las normas penales, es el que mejor se presta para configurar la autoría frente a los otros conceptos más restringidos y que fracasan ante una regulación legal.

29 El concepto de autor debe basarse más en la idea de dominio que en la primitiva idea de ejecución. Precisamente el autor de un delito es el que realiza el tipo penal dominando su ejecución, que puede efectuar por sí mismo (autoría directa o inmediata), conjuntamente y de acuerdo con otros (coautoría) o a través de otro (autoría mediata), tal como expresa el artículo 23 del CP. La ejecución formal del tipo, criterio de la teoría objetivo-formal, aunque es

insuficiente, resulta totalmente necesaria porque todas las formas de autoría requieren como base una ejecución de propia mano del tipo penal. Por tanto, si se habla de autoría de un tipo es preciso hablar siempre de ejecución y de dominio. El concepto de autor lo debemos buscar, sin embargo, en la relación de dominio y no en la de ejecución; esta, por sí sola, no fundamenta el conjunto de todas las formas de autoría, mientras que el dominio, prescindiendo de la ejecución de propia mano, fundamenta siempre, salvo en determinadas clases de delitos, la autoría. De esta forma puede decirse que existen sujetos que sin ejecutar de propia mano un tipo penal son autores si son titulares del dominio del hecho.

Mientras en la autoría directa o inmediata el autor domina el hecho ejecutando por sí mismo y de propia mano todos los elementos del tipo, en la autoría mediata y en la coautoría los autores pueden o no ejecutar de propia mano elementos del tipo. Lo que sí deben es, en todo caso, dominar la ejecución del delito. El objeto del dominio del hecho lo constituye la ejecución de la acción típica, aunque quien lleve a cabo dicha ejecución no se haya autodeterminado libremente, pues tal circunstancia no sirve para excluir su dominio sino para afirmar el de un tercero. Se domina la ejecución cuando se controla la cualidad lesiva de la acción, y no otras circunstancias de la acción (el objeto, la modalidad, medios, etc.). Pero también, el dominio se puede proyectar sobre la ejecución a través del dominio sobre la decisión. En la realización de un delito concurren siempre el dominio de la ejecución y el dominio de la decisión, aunque sus portadores puedan ser distintos sujetos. Ambos dominios pueden interconectarse, pues precisamente el dominio de la decisión es el que permite dominar un hecho sin ejecutarlo. La autoría mediata se presenta cuando el sujeto de atrás tiene el dominio del hecho a través del dominio de la decisión de ejecutarlo. 30

En la actualidad, mayoritariamente se le atribuye a la teoría del dominio del hecho un carácter mixto, objetivo-subjetivo, dado que combina tanto elementos objetivos como subjetivos. En efecto, el dominio del hecho cobra relieve cuando al control material de la situación típica se le añade el conocimiento sobre esa situación de control. No basta únicamente, por tanto, con controlar objetivamente el hecho para afirmar que existe dominio del hecho ni, por supuesto, la creencia de que se domina un hecho. Es decir, el dominio del hecho, como criterio de autoría, necesita un elemento que identifique el proceso causal externo con la voluntad consciente del sujeto que lo impulsa, y ese elemento no lo cubre totalmente el dolo. 31

III. Esencia de la autoría mediata

32 El CP peruano utiliza en el artículo 23 la expresión "por sí" para referirse a los autores directos, mientras que el CP español, en el artículo 28 utiliza la expresión "por sí solos". Realizar el hecho por sí solo indica que la acción típica la realiza un sujeto con su propio comportamiento. Esto no implica, a su vez, que no puedan intervenir otros sujetos en la realización del hecho, es decir, que concurran otros comportamientos en la realización del hecho típico. Sucede lo expuesto en los casos de participación necesaria, como pueden ser la estafa (Art. 196), o la bigamia (Art. 139). En consecuencia, la autoría directa no implica la intervención única en la realización de la conducta descrita en el tipo penal. Ello supone, a su vez, que la autoría directa no se identifica siempre con la realización de todos los elementos del tipo. Pero además, no debe significar la expresión "por sí" que solo intervenga en el hecho como autor una sola persona, pues podrían coexistir una autoría mediata y una directa en un mismo hecho e incluso que ambos sujetos puedan ser responsables jurídicopenalmente.

1. Sujetos

33 La autoría mediata exige la presencia de, al menos, dos personas (sujeto de atrás e instrumento) concurrentes a la realización del tipo penal y, como mínimo, una de ellas ha de estar instrumentalizada por la otra, sin que valga la autoinstrumentalización ni sea precisa la intervención de tres sujetos (sujeto de atrás, instrumento y víctima). Por ello el artículo 23 del CP se refiere a ella como realización del hecho punible a través de otro. Además, no es posible la autoría mediata allá donde se opere con un instrumento sin capacidad de acción, pues ejercer fuerza sobre otra persona, con su capacidad de acción eliminada, permite fundamentar la presencia de una autoría directa. Precisamente la esencia de la autoría mediata estriba en que se logra deslindar las acciones de, como mínimo, dos personas; si solo existe una acción, aun existiendo dos sujetos, pero aquella es atribuible solo a uno de ellos, evidentemente el camino queda muy allanado para la autoría directa. Y ello sucede de forma muy evidente en los casos de *vis absoluta*.

2. Ejecución

34 La *ejecución* en la autoría mediata, tras la aparición de la teoría objetivo-formal, se vincula a alguno o a todos los elementos del tipo; pero ello meramente representa un indicio de autoría, es insuficiente. El problema que subyace en el fondo es el de si cabe hablar de autoría al realizar el tipo de forma distinta a la de ejecución directa o de propia mano. Precisamente –quizá en

ello encuentre su éxito–, a la teoría del dominio del hecho no le importa tanto ejecutar personalmente el delito como dominar el curso de la ejecución. Sin embargo, no es pacífica la cuestión sobre si el autor mediato también ejecuta, al menos, parte de la acción típica. Y así, de diversas formas se ha ilustrado la actuación (típica) del autor mediato; en unos casos se dice que el autor mediato *realiza* el tipo penal a través del instrumento y, en otros, que el autor mediato *ejecuta* el tipo penal valiéndose del instrumento. Ejecución física o material y realización del tipo son expresiones que se utilizan a veces con sentido distinto y otras como equivalentes.

Cuando se califica a la autoría como "mediata", tal expresión presupone, 35
por oposición a la autoría inmediata, que cabe la realización del delito aun cuando no se ejecute de propia mano el tipo por el autor. Debe tenerse en cuenta que el instrumento no ejecuta muchas veces ningún delito (autolesiones, suicidio), y los actos consumativos tendrán que ser, como mínimo, típicos. De otro lado, el autor mediato en muchos supuestos no realiza actos ejecutivos, por ejemplo, cuando el instrumento no es a la vez víctima del delito; así, el que coacciona a otro para que comience a reunir leña con la que posteriormente le obligará a que incendie una casa, no está comenzando a incendiar, sino a preparar la acción del incendio. En definitiva, el criterio material de la ejecución de elementos del tipo puede servir en bastantes casos para diferenciar la autoría de la participación, pero no para diferenciar la autoría directa de la mediata y de la coautoría.

3. Tentativa

El comienzo de *la tentativa* en la autoría mediata presenta unas cuantas 36
complicaciones porque depende de cómo se conciba la tentativa en general, de cuándo se realizan actos de tentativa y cuándo se comienzan a ejecutar esos actos, de quién los ejecuta y, en última instancia y por encima de todo, de cuándo estamos ante un caso de autoría mediata. Los diversos y múltiples criterios que aporta la ciencia del Derecho penal obedecen a las necesidades de seguridad jurídica y de imputación de responsabilidad penal al autor mediato en los casos en que no tiene lugar la consumación del delito, en particular, en los supuestos en que el instrumento ni siquiera llega a desplegar actividad alguna. Para determinar cuándo comienza la tentativa en la autoría mediata me parece decisivo, con carácter previo, establecer quién es el que ejecuta el delito, si el propio autor mediato, el instrumento o ambos. Y ello porque, dependiendo de quién ejecute el delito, el tipo penal, a la actuación de uno u otro, o a la de ambos, en su caso, debemos referir el comienzo de la tentativa.

37 El campo de actuación del sujeto de atrás se podría desdoblar, con independencia de la conducta del instrumento, aisladamente considerada. Así, a estos efectos es conveniente hacer una primera referencia a los casos en los que el instrumento utilizado por el sujeto de atrás es a la vez víctima o sujeto pasivo del delito; aquí, el instrumento no ejecutaría en sentido estricto ningún tipo penal (autolesiones, suicidio, etc.). Siguiendo esta línea, en un primer acercamiento, no podríamos reconducir el tema de la tentativa a la conducta del instrumento si este fuera a la vez víctima, pues no ejecuta, no estaríamos a presencia de ningún hecho típico, y la tentativa lo es, naturalmente, de delito. Sus acciones, sin embargo, deben estimarse típicas para el sujeto de atrás, porque con ellas se está dando principio a la ejecución del hecho (típico del sujeto de atrás). Si la tentativa se compone de una parte objetiva y de otra subjetiva, no se puede prescindir de ninguna de ellas aunque no coincidan en el mismo sujeto. Las formas de comisión mediata del hecho nos revelan también que la actividad encomendada al instrumento es, en no pocas ocasiones, simplemente consumativa y no de emprendimiento de la acción típica; por tanto, es posible que también el autor mediato pueda ser ejecutor parcial del delito.

38 Los criterios ofrecidos por la doctrina atienden bien a la predisposición subjetiva del instrumento para realizar el delito, bien a la última actividad desarrollada por el sujeto de atrás, bien a la que es realizada por el instrumento, o bien se combinan varios de estos criterios. Así unos autores consideran que la tentativa debe comenzar en diferentes momentos, atendiendo a la circunstancia de si el instrumento actúa de buena fe, entonces comenzaría la tentativa al término de la actividad del sujeto de atrás, o de mala fe –instrumento doloso o instrumento doloso no cualificado o sin el elemento subjetivo requerido por el tipo de lo injusto–, donde la tentativa comenzaría cuando el instrumento da principio directamente a la ejecución del delito. Otra posición doctrinal establece como decisivo para darse por comenzada la tentativa en la autoría mediata, el momento en que el sujeto de atrás realiza sobre el instrumento su última actividad. ROXIN, por su parte, estima que el comienzo de la tentativa en la autoría mediata, coincidiendo con la tentativa acabada, debe establecerse a partir del momento en que el instrumento procede inmediatamente a la realización del tipo, que coincide a su vez con el momento en que se inicia el peligro directo al bien jurídico. No obstante, con anterioridad, debe considerarse iniciada la tentativa, cuando el curso causal sale del propio ámbito de dominio del autor mediato. Otro grupo de autores considera que la tentativa comienza, en cualquier caso, cuando el instrumento da comienzo a su actividad.

Por mi parte, siguiendo, en los resultados a ROXIN, creo que debe adoptarse una solución diferenciadora. Puede entenderse que la tentativa comenzará generalmente con la actuación del instrumento, pues tanto la parte objetiva como subjetiva de aquella ya se verifican mediante los actos de ejecución. Pero el comienzo de la tentativa en la autoría mediata no puede situarse atendiendo únicamente a la actividad del autor mediato, pues generalmente no puede comenzar a ejecutar el tipo sin la colaboración del instrumento. Ahora bien, en los casos en que el sujeto de atrás no ejerce ninguna influencia o incidencia directa sobre el instrumento, puede considerarse comenzada la tentativa cuando el autor mediato realiza su última actividad. Y no comienza en ese momento porque su conducta sea más o menos peligrosa para el bien jurídico, sino porque la acción del autor mediato se encuadra ya directamente dentro del tipo penal, su acción es plenamente ejecutiva, está realizando *directamente* actos de ejecución del tipo penal. Así, por ejemplo, colocar el artefacto explosivo, a la espera de que alguien lo haga explotar, o servir la comida envenenada, son conductas que pueden encuadrarse dentro de los actos ejecutivos del tipo de homicidio, por lo que, necesariamente, existe ya tentativa. 39

4. Instrumentalización

La *instrumentalización* es el resultado de la actividad que convierte al sujeto de atrás en autor mediato de un delito, utilizando para ello a otra persona. Puede obtenerse actuando directamente sobre esta para que ejecute una determinada acción o ejerciendo una influencia indirecta, es decir, sobre la situación fáctica en la que actúa el instrumento. Así sucede en los repetidos ejemplos del que coloca una bomba en un coche que explosiona cuando el instrumento hace girar la llave del contacto o el que coloca veneno en el café que otro se va a tomar. En tales supuestos, el sujeto de atrás no ha determinado directamente la concreta acción que realiza el instrumento, pues de todas formas el instrumento la hubiera realizado aunque el sujeto de atrás no hubiera intervenido en el ámbito donde tiene lugar la actividad del instrumento; el sujeto de atrás solamente ha creado una fuente de peligro que espera se verifique en una lesión mediante la acción de otra persona. Pero en otras ocasiones, la influencia del sujeto de atrás recae de forma directa sobre el instrumento, utilizando la coacción o el engaño. La intervención del autor mediato sobre el instrumento se encamina a determinar una concreta resolución de voluntad de este, dirigiéndola hacia la realización del fin que pretende el autor mediato. 40

Así, no toda instrumentalización es idónea –como hemos visto con la auto-instrumentalización, la fuerza irresistible o una instrumentalización prevista 41

expresamente en el tipo– para la aparición de los casos de autoría mediata; solo aquella que le otorge el dominio del hecho cuando actúa el instrumento bajo la influencia directa o indirecta del sujeto de atrás. Hay casos en que pese a que exista cierta instrumentalización, no son de autoría mediata, pues el dominio del hecho no se proyecta sobre otro sujeto (instrumento) o la incidencia del sujeto de atrás sobre la situación fáctica en la que desenvuelve su actividad el instrumento constituye por sí autoría directa: a) *casos de sometimiento de la víctima a la acción de factores causales naturales*: A obliga *violentamente* a B a soportar heladas, sufriendo heridas o muerte; b) *casos en que el instrumento no manipula el factor causal que produce el resultado*: A coloca una piedra enorme en la calzada de una carretera, a la salida de una curva de escasa visibilidad; al conductor B no le da tiempo a frenar, colisiona contra la piedra y fallece; y c) *casos de participación necesaria*: A envía por correo a B una carta injuriosa. El resultado en la injuria, la consumación de este delito, según un sector de la doctrina, se produce cuando la víctima tiene conocimiento directo o cuando terceras personas están en disposición de comunicársela a la víctima. Por tanto, para la consumación del delito de injuria sería necesario un acto de la propia víctima o de terceras personas, que son utilizadas por el autor, es decir, se convierten en instrumentos para la ejecución completa del delito.

IV. El dominio del hecho en la autoría mediata

1. El dominio mediante coacción cuando el instrumento no es víctima

42 Uno de los supuestos indiscutibles de autores mediatos acontece cuando el sujeto de atrás ejerce coacción sobre el sujeto de delante; sin embargo, la utilización de medios violentos para la comisión de un delito no es algo privativo de la autoría mediata, pues también pueden ser la base de una inducción. De ahí que resulte necesario determinar el criterio que determine cuándo el uso de la coacción implica autoría mediata y cuándo participación. El uso de la violencia, como ya se dijo, no puede verificarse en una ausencia total de acción en el instrumento.

43 El ejercicio de la coacción permite realizar un hecho a través de otro si se tiene el dominio del hecho. Y a este respecto son dos básicamente las posisiciones que se mantienen en orden a caracterizar el dominio del hecho, que operan con criterios fácticos o normativos. Así, se habla de un dominio fáctico-psicológico que atiende principalmente a cómo influye la coacción en los sujetos destinatarios de la misma, sin que sea necesario que el derecho reconozca

en quien la sufre exención de responsabilidad penal. Por el contrario, la otra postura configura un dominio del hecho con arreglo al principio de responsabilidad, de tal forma que el ejecutor inmediato si es responsable penal del hecho que ejecuta haría inexistente el dominio del hecho en el sujeto de atrás, mientras que cuando este influye sobre otro de tal manera que según la ley queda libre de responsabilidad, entonces tendría el dominio del hecho, como sucede en los casos del estado de necesidad exculpante. Con ello se garantizaría un criterio objetivo razonable que aporta seguridad jurídica y delimita la autoría –mediata– de la participación –inducción–.

Sin embargo, resulta cuestionable que la delimitación entre autoría mediata 44
e inducción en los casos de coacción venga delimitada directamente por la regulación legal, sin que tampoco sea decisivo para otorgar el dominio del hecho el poder fáctico de dirección del curso causal. Sin embargo, creo que lo uno debe completarse con lo otro, en el sentido de que no solo debe comprobarse que el sujeto de delante está disculpado por el ordenamiento jurídico, sino también si ha actuado instrumentalizado; es más, el hecho de que el instrumento actúe responsablemente no puede descartar la autoría mediata del sujeto de atrás. El principio conductor de la autoría mediata es la instrumentalización, y lo que debe discutirse es cómo determinar la misma, si fáctica o normativamente. Una concepción normativa del dominio del hecho –principio de responsabilidad– presenta la ventaja de aportar seguridad jurídica, pero acarrea ciertas servidumbres como son que la realización de un tipo penal por un sujeto, su autoría, en los casos que venimos tratando, no dependa ya siquiera del juicio de culpabilidad que se emita sobre el mismo, sino de otra persona –instrumento–; constituiría, además, un criterio de terminacion formal-negativo y accesorio de la autoría.

Es necesario distinguir dos planos en la realización del delito que nos ayu- 45
darán a resolver estos casos: el de la *decisión* y el de la *ejecución*. La inducción opera justo en la primera fase de determinación de otro a la comisión de un delito; en la autoría mediata, se podría centrar el dominio del hecho únicamente en propiciar una resolución delictiva irrevocable en otra persona, porque le resulte imposible o de otro modo exigible vencer la coacción resistiendo sus consecuencias. Pero podría centrarse también el dominio del hecho sobre la ejecución del delito, en el control de esa ejecución, donde resolución y ejecución apenas se distinguen. No se fundamentaría entonces el dominio del hecho únicamente en el decidir que un hecho se ejecute; o sea, que si la inducción es hacer nacer en otro la libre decisión de ejecutar un delito, la autoría mediata debe suponer una decisión y ejecución no libres. El dominio del hecho, como

dominio sobre la cualidad lesiva de la acción, se cifraría entonces en controlar y restringir de forma inmediata la acción del instrumento; la inmediatez del control no se identifica, sin embargo, con una inmediatez temporal, en el sentido de que deba controlar el autor mediato al instrumento en el momento en que este ejecuta el delito, sino que la coacción determina de manera directa la afectación a la libertad de decisión del ejecutor, de modo que no le deje opción que la de sufrir el mal al causar la lesión a un bien jurídico ajeno. Desde ese preciso instante puede considerarse que el sujeto de delante está instrumentalizado, aunque todavía no haya ejecutado el hecho. Por consiguiente, existe una instrumentalización fáctica que tiene relevancia en el campo normativo, pero ello no ocurre solo cuando el instrumento es irresponsable jurídicopenalmente. Ejemplo paradigmático lo constituye el caso del miedo insuperable, cuando el sujeto padece un error sobre un presupuesto inesencial de esta causa de exculpación (por ejemplo el coaccionado yerra respecto a la valoración del mal creyendo que infería un mal menor al bien jurídico ajeno), atenuándose su responsabilidad, pero en modo alguno quita que la acción típica y antijurídica se haya realizado instrumentalizado bajo tal coacción.

2. Dominio mediante error cuando el instrumento no es víctima

46 La expresión "dominio mediante error" –*Irrtumsherrschaft*– engloba, en primer lugar, los casos en que la autoría mediata se presenta, desde la perspectiva del instrumento, cuando el sujeto de atrás utiliza a otra persona que actúe en virtud de un error que ya padece; en segundo lugar, se menciona también a la causa del error, refiriéndose al instrumento que obra por *engaño* del sujeto de atrás; y, por último, la fórmula tradicional alude al instrumento que actúa sin dolo. Nuestra perspectiva abarca tanto los casos en que el sujeto de delante actúa con error, con dolo o sin él, provocado o aprovechado, por engaño o por ignorancia, como aquellos en que el sujeto de atrás yerra sobre la capacidad del intermediario o se limita a apoyar la acción de este.

47 En las situaciones en que el instrumento no es a la vez víctima, los puntos conflictivos recaen fundamentalmente sobre la clase de déficit que presenta el instrumento, presupuesto básico del dominio del hecho; también gira la polémica respecto a si el error debe ser provocado por el sujeto de atrás o basta con un aprovechamiento del mismo y, por último, se manejan distintos criterios en virtud de los cuales pretende medirse dicho déficit y que resultan decisivos para otorgar el dominio del hecho al sujeto de atrás.

48 Para la determinación del dominio del hecho en los casos de error, aunque con matizaciones, las dos principales tesis se concentran en nuevamente

el principio de responsabilidad y en el dominio fáctico vinculado al superior conocimiento del sujeto de atrás.

A. En primer lugar, el dominio del hecho mediante error puede fundamentarse en el *superior conocimiento del sujeto de atrás*. Las constelaciones de los casos de error que posibilitan la comisión de un hecho a través de otro se caracterizan, según ROXIN, porque el dominio del hecho se origina por un superior conocimiento por parte del sujeto de atrás. La naturaleza de ese superior conocimiento implica para ROXIN un escalonamiento del dominio del hecho que alcanza hasta cuatro grados, según el error excluya el dolo, y por tanto la tipicidad de la acción del instrumento, o afecte a la antijuricidad de su conducta, o verse sobre los requisitos de las causas de exculpación o, finalmente, sobre el propio significado de su actuación, aunque haya procedido de forma dolosa, antijurídica y culpable. 49

Cuando el *error del sujeto de delante excluye el dolo*, el dominio del hecho surge porque el actuar finalista del sujeto de atrás, con un superior conocimiento, le proporciona "la supradeterminación final del curso causal" *–die finale Überdetermination des Kausalverlaufs–*. Un ejemplo: si A induce a B a disparar sobre un objeto, que resulta ser un hombre, circunstancia desconocida por B, pero no por A, la especial disposición de las circunstancias y relaciones entre el sujeto de atrás, los medios causales y el instrumento convierte la actividad del ejecutor en una dirigida finalmente por el sujeto de atrás. La autoría mediata es posible con independencia de que el intermediario actúe imprudentemente o no, y si actúa imprudentemente es igual también que el error sea o no vencible, dado que la configuración fáctica del hecho concreto solo le corresponde al sujeto de atrás. 50

En segundo lugar, también puede fundamentarse el dominio del hecho en virtud del *error sobre la ilicitud de la conducta*. Aquí distingue ROXIN varios supuestos, según actúe justificadamente el instrumento, o recaiga el error sobre los requisitos objetivos de una causa de justificación o si el instrumento actúa con un error de prohibición. El supuesto del instrumento justificado, que actúa conforme a derecho, tiempo atrás constituyó una de las principales fuentes de discusión. En esencia, unos sostenían que la autoría mediata requería siempre una acción antijurídica del instrumento, mientras que para otros es rechazable el axioma de que solo cabe autoría mediata cuando el instrumento actúa antijurídicamente, pues supondría en definitiva una clase de accesoriedad, considerándose que la justificación del instrumento no alcanza al sujeto de atrás porque no actúa con el elemento subjetivo requerido para la causa de justificación de la legítima defensa. 51

52 Por lo que se refiere al *error sobre la antijuricidad de la conducta*, se incluyen aquí tanto los supuestos en que el error versa sobre los elementos objetivos de una causa de justificación como los que el error lo es sobre la antijuricidad de la conducta. En el primer caso se acepta generalmente la autoría mediata cuando el sujeto de atrás provoca o aprovecha un error del sujeto de delante sobre los requisitos de la causa de justificación (por ejemplo, alguien que haciéndose pasar por dueño de un automóvil, invita a otro a utilizarlo). En cuanto al error de prohibición, se ha discutido en el campo del finalismo su relevancia para configurar la autoría mediata del sujeto de atrás que lo provoca o se aprovecha de él. WELZEL señalaba que "es cierto que el error de prohibición facilita la decisión de ejecutar el hecho, pero no hace a la persona que determinó el error señor sobre el *acontecer fáctico*". Sin embargo, esto no resulta incompatible con la autoría mediata, pues como señala HIRSCH, cualitativamente no se constata una diferencia entre "realizar una determinada acción contraria a la norma mediante la amenaza de muerte o de la integridad física, o que ello se logre cuando se produce o se aprovecha su error de prohibición". Desde la perspectiva del sujeto de atrás, el desconocimiento que tiene el sujeto de delante sobre la ilicitud de su acción es un medio idóneo que le permite instrumentalizarle hacia la ejecución del hecho prohibido, puesto que está dominando una cualidad, la cualidad "lesiva" de la acción, proyectada hacia el ordenamiento jurídico, otorgando al sujeto de atrás la dirección de su conducta hacia el resultado y el superior control del acontecimiento fáctico. No se construye pues el dominio del hecho sobre las hipótesis de la evitabilidad o no del error, ni si es provocado o aprovechado, ni a través del principio de responsabilidad; estos factores no juegan papel alguno en la determinación del dominio del hecho del sujeto de atrás.

53 En relación con el *error sobre las causas de exculpación*, debe señalarse que si bien es cierto que el error sobre sus requisitos objetivos también puede dar lugar a una instrumentalización idónea sobre la que quepa construir una autoría mediata –normalmente en los supuestos de estado de necesidad o miedo insuperable–, pero el dominio del hecho directamente no se obtiene a través del error que ha provocado o aprovechado en el sujeto de delante, sino en la propia situación que causa el error del sujeto, esto es, en la presión de la motivación propia de los casos de coacción, y deben reconducirse estos casos a los de dominio mediante coacción.

54 En cuanto al *error sobre el concreto sentido de la acción*, constelación de casos formulada por ROXIN, el fundamento del dominio del hecho se asienta sobre el superior conocimiento respecto al sentido que tiene la acción que libremente

ejecuta el intermediario. Este actúa típica, antijurídica y culpablemente, solo que desconoce determinadas circunstancias que le impiden una correcta valoración de su hecho desde el punto de vista jurídico. Dentro de este grupo incluye el tratamiento del *error in personam*, error sobre la cuantificación de lo injusto y culpabilidad y el error sobre los requisitos de la cualificación. Respecto al error sobre la gravedad de lo injusto y medida de la culpabildad, afirma ROXIN que la autoría mediata se presenta cuando el inducido desconoce, porque se lo ha ocultado el sujeto de atrás, una cualidad de la acción que agrava lo injusto (por ejemplo, alguien le induce a quemar un cuadro haciéndole creer que solo tiene un ínfimo valor, mientras que realmente tiene un gran valor). Pues bien, la autoría mediata sí que cabe afirmarla cuando el sujeto es engañado no sobre el concreto valor, en más o en menos, sino sobre si tiene o no valor. También debe afirmarse la autoría mediata si el sujeto en el momento de realizar la acción desconoce la calidad del objeto, no porque tenga una falsa representación, sino porque ni siquiera se ha representado su calidad (por ejemplo, cuando alguien decide quemar un cuadro valioso, pero el sujeto de atrás, mientras el otro va a buscar cerillas, le cambia el cuadro por otro más valioso, y sin comprobarlo procede a quemarlo). En cuando al *error in personam* del instrumento, existe pleno acuerdo en que es irrelevante siempre que los sujetos pasivos sean equivalentes desde el punto de vista de la protección penal de los tipos de lo injusto. Pero es controvertida la cuestión respecto al título de imputación jurídico-penal por el que debe responder el sujeto que provoca o se aprovecha del *error in personam* que sufre el ejecutor. La discusión llega hasta tal punto que constituye uno de los pocos supuestos en que la doctrina ha recorrido prácticamente todo el abanico de las formas de autoría y de participación para fundamentar la responsabilidad del que actúa detrás, y de ahí que actualmente pueda considerársele un supuesto sin solución mayoritaria. Vamos a partir de dos ejemplos: uno, el famoso y tan debatido caso de DOHNA.

A llega a conocer que los miembros de una organización secreta, a la que 55
él traicionó, han decidido acecharle y darle muerte. B desempeñó un papel primordial en la adopción de tal decisión, pero desconoce el plan concreto conforme al que va a ser realizada esta, para cuya ejecución se ofreció C. Desde tiempo atrás B viene haciendo propuestas amorosas a su amiga D, extremo este que conoce A, quien envía a B un telegrama suscrito con el nombre de D dándole cita para la hora nocturna y lugar solitario en que A efectúa su acostumbrado paseo, que se corresponde con la hora y el lugar en que A iba a ser muerto de acuerdo con el plan trazado por C. A la hora indicada, B concurre al lugar señalado en el telegrama. C, que está al acecho le confunde con A, dispara sobre él y B resulta muerto.

56 En el segundo ejemplo:

57 A ha decidido matar a su enemigo B, y cuando se dirige a su encuentro, C, conocedor de los planes de A, le señala la víctima que estaba buscando, que sin embargo resulta ser D, cosa que también conocía C.

58 Lo que late debajo de toda esta polémica es la distinción entre error sobre los motivos y error sobre el concreto sentido de la acción. La doctrina considera que el error sobre los motivos es irrelevante para la responsabilidad penal. Lo verdaderamente esencial es que para afirmar el dominio del sujeto de atrás este no puede alcanzar cualquier elemento del tipo, ni por supuesto el valor que para el ejecutor tiene ese elemento. El dominio recae sobre la cualidad lesiva de la acción, y no respecto de cualquiera de sus elementos, a no ser que estos elementos generen un injusto distinto. Por tanto, en ninguno de los casos situados bajo la rúbrica del error sobre el concreto sentido de la acción cabe, a mi juicio, fundamentar la autoría mediata. Concretamente, en los casos de *error in personam* lo más que se puede fundamentar es una inducción, dado que aunque el sujeto estuviera determinado a lesionar un determinado bien jurídico, lo cierto es que el que concretamente agrede es al que le había determinado el sujeto de atrás. Si el sujeto A está determinado a matar al sujeto B, es un *omnimodo facturus*, pero si por la determinación de C mata a D, C es inductor de la muerte de D. En el caso de DOHNA no puede existir inducción, porque tampoco existe influencia psíquica sobre el inducido-ejecutor, sino autoría mediata. Aquí el instrumento no es el ejecutor, sino la propia víctima; que el peligro venga de una tercera persona y no de una fuerza natural, en este caso, al existir una persona instrumentalizada es ya irrelevante que la otra también lo esté por el sujeto de atrás.

59 B. En segundo lugar, el dominio del hecho mediante error se ha fundamentado también en el *principio de responsabilidad*. Para un sector doctrinal, tanto la falta de libertad como la cualidad de instrumento únicamente se pueden fundamentar desde la perspectiva jurídica. Y esto significa que también en los casos de error, realizar el hecho típico a través de otra persona solo es posible cuando este otro no ha actuado ya con propia responsabilidad. Si la falta de libertad del instrumento, presupuesto para apreciar la autoría mediata en los casos de error, ha de medirse a través de parámetros normativos, debe entrar en juego también aquí el principio de responsabilidad, con lo que, entre otras consecuencias, el error de prohibición vencible del instrumento no convierte en autor mediato sino en inductor al sujeto de atrás.

60 Se cuestiona, sin embargo, y partiendo del principio de responsabilidad, cómo puede determinarse jurídicamente la eventual libertad del instrumento

en los sistemas penales que adoptan el principio de castigo excepcional de las conductas imprudentes, cuando el reproche por imprudencia que inspira la idea de instrumentalización en el error de prohibición vencible no existe al no regularse en un tipo penal concreto la responsabilidad también por imprudencia. Pues bien, las opiniones están divididas en torno a si el error debe ser siempre invencible o si también cabe en los supuestos de error de prohibición vencible. La polémica se ha reavivado como consecuencia de la decisión del BGH en el sorprendente caso del "Rey de los Gatos" –*Katzenkönigfall*–: "Una mujer A, y dos hombres B y C, cuya convivencia se regía por unas 'relaciones neuróticas' basadas en el 'misticismo, la clarividencia y la superstición'. A y B, llevaron a creer a C, persona fácilmente sugestionable, en la existencia del Rey de los Gatos, que desde milenios encarnaba el mal y constituía una amenaza para el mundo. A, llevada por sentimientos de odio y celos, decidió hacer matar a la señora S por medio de C, aprovechándose de la superstición de este. En connivencia con B, hizo creer a C, que el Rey de los Gatos exigía un sacrificio humano en la persona de S. De no producirse, millones de personas serían aniquiliadas por el Rey de los Gatos. A pesar de las reticencias de C, pudo más la idea de que mediante el sacrificio de S muchas personas en peligro podrían ser salvadas. Así, en un momento de descuido de S, C, por la espalda, le clavó un cuchillo en el cuello, a pesar de lo que pudo salvársele la vida".

Aceptando que en los casos de error se produce una falta de libertad en el 61
instrumento, se considera que el principio de responsabilidad –entendido como principio delimitador, no constitutivo, del dominio del hecho– produciría una supranormativización del concepto de dominio, descuidándose la idea fundamental final-racional, ya que las formas de aparición de la falta de libertad en el error están concebidas en categorías jurídicas (error de tipo y error de prohibición); la falta de libertad se fundamenta normativamente, desde una perspectiva final-racional, a través de esas categorías jurídicas genéricas del error reguladas por la ley y que vienen a coincidir con una falta actual de libertad. Esta última solución sin embargo no resulta satisfactoria en sus fundamentos, pues en los casos de coacción, ¿por qué el estado de necesidad exculpante completo es el que consagra la falta de libertad y no también el incompleto? El estado de necesidad exculpante incompleto también reduce, aunque no anula, la capacidad del sujeto para actuar conforme a derecho, y aquel no solo tiene la hipotética posibilidad de actuar –esto sirve a los defensores del principio de responsabilidad para excluir el dominio del hecho–, sino también una presión psíquica actual y, por consiguiente, la disminución de la capacidad de culpabilidad permanece en el sujeto intermediario cuando actúa.

62 En conclusión, la clase de error del sujeto de delante es irrelevante; lo esencial es que le lleve a desconocer el carácter lesivo de su comportamiento; esto ocurre siempre en el error de tipo, sea vencible o invencible, porque en ambos casos, el conocimiento actual del sujeto, el que decide sobre el carácter lesivo de su comportamiento, es idéntico. El carácter lesivo del comportamiento se revela en los casos de error de prohibición porque el sujeto desconoce la dañosidad social, relevante jurídicamente.

3. Dominio con identidad entre víctima e instrumento

63 La instrumentalización de la propia víctima del delito constituye también un modo de cometer el hecho mediatamente, a pesar de que un sector minoritario de la doctrina niega tal posibilidad argumentando, principalmente, que el sujeto de atrás actúa directamente sobre la víctima para lesionar el bien jurídico del que ella es titular, mostrándose la autoría directa como el marco más adecuado para englobar los supuestos en que existe identidad entre el instrumento y la víctima.

64 La manifestación de la autoría mediata no se articula a partir de la conducta realizada por el instrumento, puesto que este no siempre actúa de forma típica al no estar su concreta actividad prohibida por la ley. Pero además, tampoco el sujeto de atrás ejecuta directamente la actividad que produce el resultado típico –para él–. Quien ofrece setas venenosas a otro para que se las tome no realiza la actividad humana concreta y decisiva que produce la muerte, ni la víctima, que sí lo hace, actúa típica o antijurídicamente. Hay que tener presente, sin embargo, que la colaboración de la víctima en la producción del resultado puede revestir alguna importancia en la determinación de la responsabilidad del tercero, pues en cierta manera condicionaría la imputación objetiva del resultado, es decir, que la autonomía de la voluntad del instrumento podría disminuir o incluso excluir la responsabilidad del tercero cuando aquel asume o consiente, si ello tuviera relevancia jurídica, el riesgo de lesión proveniente de la actividad de la acción del tercero.

65 No son nada simples las cuestiones que se presentan en este ámbito, especialmente en el suicidio, pues no se reducen al análisis de la intervención activa de terceros en el suicidio de otro. La discusión científica parte, ante todo, de precisar cuál es la posición jurídica del tercero ante la autolesión de otro, tratando de provocar una respuesta respecto a si existe o no un deber jurídico de impedirla, resolviendo con anterioridad cuestiones incluso de orden constitucional, como son la disponibilidad de los bienes jurídicos individuales por sus portadores y el papel que jugaría en estos supuestos la dignidad

de la persona humana. Más concretamente, si puede ser autor o partícipe de un suicidio quien ostente una posición de garante del bien jurídico (omisión impropia), o si existe un deber general de impedir la autolesión de otro (omisión propia). Si ya resulta difícil alcanzar una solución satisfactoria con respecto a la responsabilidad de quien no evita la autolesión de un sujeto que libremente se autolesiona, es de imaginar que, al menos, igual grado de dificultad entrañará la tarea de dilucidar la responsabilidad que corresponde al tercero que interviene activamente en la autolesión de alguien que no actúa con propia libertad. Es aconsejable, entonces, someter a revisión las reglas expuestas hasta ahora y que nos sirven para determinar la existencia de dominio del hecho en el sujeto de atrás cuando el instrumento actúa sobre un bien jurídico ajeno, pues podrían verse desplazadas por otras que tengan en cuenta especialmente la ausencia de un hecho antijurídico –no prohibido– por parte del instrumento, haya actuado de modo libre o no y, a partir de ahí, deducir las bases de la responsabilidad penal por autoría o participación o, del mismo modo, la impunidad.

66 A. La *autonomía de la voluntad* se erige en el fundamento de la regulación jurídica. Ya hemos dicho que se excluye la posibilidad de apreciar una autoría mediata cuando, aun estando instrumentalizada la voluntad de la víctima, sea el sujeto de atrás el que directamente ejecute la acción que lesiona el bien jurídico perteneciente a aquella. Es preciso, pues, para que exista una autolesión que, además de ser la concreción de la voluntad de la víctima, sea realizada por ella misma aunque pueda estar favorecida por otras personas. La autonomía de la voluntad constituye el pilar básico sobre el que se asienta el ordenamiento jurídico y la que lo legitima. Como ya hemos señalado, uno de los fundamentos básicos de la autoría mediata lo constituye la instrumentalización de otra persona, que supone una ausencia de libertad en el que actúa delante. Esta ausencia de libertad requiere una comprobación actual (real) y no meramente potencial (normativa), pues las acciones que integran los hechos deben trasladarse al ámbito de las normas jurídicas, en la medida de lo posible, de forma tal y como se producen en la realidad; y esta tarea no debe simplificarse –a costa de un alejamiento del derecho de la realidad– con la obtención de reglas apriorísticas apoyadas en previas valoraciones jurídicas, extrayendo normas de otras normas, incluso, a veces, por vía de la analogía. No significa esto que la libertad de un sujeto, por ejemplo de suicidarse o autolesionarse, se compruebe completamente al margen del derecho por cuanto que este se ocupa también de regular las situaciones en que cede la obligatoriedad del cumplimiento de las normas jurídicas.

67 Como seguidamente veremos, en este ámbito la fundamentación de la autoría mediata en la doctrina dominante, si bien con distintos argumentos, se apoya casi exclusivamente en parámetros normativos. Este es un exponente de la moderna y sugerente normativización que en las conductas autolesivas adquiere una palpabilidad casi exultante, paradójicamente cuando estas son atípicas, lo cual no resultaría especialmente llamativo si no fuera por que un sector doctrinal postula la aplicación para estos supuestos de normas jurídicas obtenidas por vía analógica. Dado que generalmente las autolesiones son impunes, no cabe concluir lo mismo respecto de la intervención de terceros en las mismas. La construcción de esa responsabilidad debe partir de unos presupuestos que permiten considerar que la actividad autolesiva de un sujeto no la ha realizado libremente, aunque como hemos visto también resulta punible en los casos en que la autolesión es obra exclusiva de la libre voluntad de la víctima si la conducta del tercero encaja en alguno de los supuestos del artículo 113 CP. Pero incluso cuando la autolesión pueda significar la manifestación de una voluntad no libre, tampoco será decisiva la mera intervención de un tercero, pues la responsabilidad podría trasladarse no completamente o solo parcialmente a este.

68 El camino para descubrir la concreta responsabilidad del tercero que interviene en la autolesión de otro no es directo. Pasa por averiguar, con anterioridad, si el suicida, por ejemplo, actuó o no con libre responsabilidad. Es decir, que la impunidad de la intervención del tercero en una autolesión se puede apoyar en que el sujeto haya actuado libremente, pero todavía será decisiva la configuración jurídica de esos supuestos, que dependerá a su vez de la protección que otorgue el derecho al bien jurídico y, sobre todo, de la disponibilidad del mismo. Esta forma indirecta de proceder conduce, pues a determinar la concreta responsabilidad del tercero por el hecho autolesivo –impunidad, participación o autoría– cuando ya se ha valorado la "responsabilidad" del que se ha autolesionado.

69 El principio de autorresponsabilidad parte, en primer lugar, de que el ámbito de responsabilidad de un sujeto debe ser delimitado a partir de su propio comportamiento y solo bajo especiales circunstancias también comprende las de otro. Significa esto que "la autolesión o autopuesta en peligro de forma responsable excluye la punibilidad de otro en virtud de una colaboración dolosa o imprudente". Pues bien, un sector de la doctrina defiende que la valoración de la responsabilidad jurídico-penal por la intervención en un suicidio se debe hacer, en vez de con arreglo a las reglas de la autoría y participación, con las del principio de autorresponsabilidad. Frente a estas posiciones

que colocan al principio de autorresponsabilidad como el instrumento decisivo para delimitar los ámbitos de responsabilidad de los intervinientes en el suicidio, se propugna, por el contrario, que lo realmente decisivo es el criterio del dominio del hecho, o sea, la aplicación de los preceptos que regulan la autoría y participación.

La autoría, ciertamente, depende de la libre responsabilidad del acto sui- 70
cida, pero de ello, en modo alguno, se deriva automáticamente que la otra persona sea o no autor, pues deben tenerse en cuenta los tipos penales y las reglas de autoría que le son aplicables, por lo que el principio de autorresponsabilidad tiene un rango secundario. Lo decisivo se sitúa no tanto en deducir una responsabilidad por la acción del portador del bien jurídico, sino situarse en el plano del sujeto de atrás, esto es, en si su comportamiento reviste la cualidad de autoría en vista de la importancia de su contribución en el hecho.

Y ello es especialmente relevante en los casos en que el suicida no se limita 71
a consentir su muerte, sino que, junto con el tercero, realiza alguna actividad en la ejecución de la misma; y aquí, sobre la base de la teoría del dominio del hecho, se discute si debe aplicarse la dogmática de la coautoría, pues estamos simultáneamente ante la autoría de una propia muerte de la víctima y ante un autor de una muerte ajena. La figura de la autoría mediata, aparte de las formas de participación, no es la única que se emplea para resolver todos los problemas de intervención en el suicidio, sino también mediante la coautoría en virtud de un dominio compartido del hecho; es decir, se otorga a la víctima, que actúa libremente, el dominio del hecho, por tanto la autoría de su muerte, a pesar de que él no se la haya producido personalmente, sino un tercero. Sin embargo, compartir el dominio del hecho es posible hasta un cierto momento, se dice, porque al final lo tiene el suicida o quien obliga a otro a suicidarse. Si ya es discutible la apreciación de la autoría mediata –y por tanto el dominio del hecho– cuando, en general, se instrumentaliza a otra persona, más difícil resulta todavía admitir el dominio de la víctima cuando el tercero actúa libremente, sin sometimiento por vía de la necesidad a la voluntad del suicida. De ahí se podría deducir, en efecto, que el suicida no puede sino dominar parcialmente el hecho. Pero hemos de tener en cuenta cuál debe ser el objeto del dominio, que no es otra cosa que la cualidad lesiva de la acción. Si se afirma que tienen un dominio compartido del hecho y a continuación se concluye que existen dos hechos, entonces no se comparte el dominio del mismo hecho, existirán dos dominios sobre hechos distintos. Además, comparando la autolesión con una lesión ajena, si existe un acuerdo sobre la realización de un hecho –la muerte de una persona–, también se podría decir que el partícipe domina

compartidamente el hecho al realizar la parte que le corresponde en la ejecución del delito (el que atraviesa su coche para que no persigan al autor de un delito patrimonial posibilita el resultado del apoderamiento, la consumación del delito a través de la disponibilidad). En conclusión, no creo que exista dominio del suicida en los casos en que solo se limita a prestar el consentimiento o a solicitar la muerte; si realiza algún tipo de actividad más, esta no puede ser aquella ejecutiva que produzca la muerte, porque esta actividad se la reserva el tipo al tercero; por ello, la actividad del suicida será auxiliadora, y con ella generalmente no puede tener el dominio del hecho frente al sujeto que también con dominio del hecho realiza la acción de autoría.

72 Como se ha visto, la abstracta capacidad de autodeterminación de la víctima no excluye de modo automático la responsabilidad del tercero interviniente en una autolesión de aquella. El dominio del hecho en estos casos debe constatarse en un plano dinámico, atendiendo no solo a la capacidad de la víctima, sino a su actuación y a la del sujeto de atrás. El dominio del hecho en virtud de coacción a la autolesión requiere no solo el ejercicio de violencia sobre el sujeto de delante, sino precisamente la instrumentalización fáctica que excluya o disminuya la libertad de decisión del coaccionado. El contenido de esa instrumentalización pasa por dominar la cualidad lesiva del comportamiento (autolesivo) de la víctima, pues solo eso puede sustraerle la libertad de decisión relevante jurídicamente. Frente a las fórmulas empleadas por la doctrina para medir la libertad de la persona desde la perspectiva jurídico-penal, acudiendo a las reglas de la culpabilidad, a las reglas del consentimiento o de la capacidad natural de juicio y comprensión, creo que el dominio del hecho, en un primer nivel, lo debe tener el sujeto que controla la cualidad lesiva de la autolesión; y es el comportamiento violento del sujeto de atrás el vehículo adecuado para canalizar tal dominio. El dominio de hecho debe extenderse aquí sobre la formación de la decisión de autolesionarse, pero no únicamente sobre ella. La cualidad lesiva de la acción alcanza no solo a la afectación del bien jurídico, sino al modo de afectación; por ejemplo, cuando la víctima se ha autodeterminado libremente a autolesionarse, y otro sujeto le impone el modo, contrario a sus deseos, de llevar a cabo el proceso, pese a que el dominio de la cualidad lesiva lo tendría el instrumento, porque se ha decidido libremente por la autolesión, sin embargo, es el sujeto de atrás quien controla de forma inmediata no la decisión de la autolesión, sino la propia realización de la decisión. La inmediatez del control se verifica en la autolesión a través de la propia acción que ejerce el sujeto de atrás, de tal forma que fácticamente controle la acción concreta del instrumento, y no la decisión libre y abstracta del instrumento. En un segundo nivel, también es preciso que el control y el ejercicio

de la decisión no lo abandone la víctima a otro sujeto, por ejemplo, cuando el instrumento, después de haber resuelto libremente suicidarse y comenzada la propia ejecución, entra en un estado de inimputabilidad, y el sujeto de atrás interviene facilitando la producción del resultado.

Por lo que se refiere al dominio del hecho en virtud del error de la víc- 73
tima, dentro de la constelación de errores cuya relevancia ha sido destacada por la doctrina se establecen dos grandes grupos: aquellos que versan sobre la cualidad de la acción y los que versan sobre el motivo o sentido de la acción. Las categorías de error de tipo y de prohibición las dejamos al margen porque no tienen ninguna relevancia; si acaso esta pudiera resultar de su aprovechamiento para establecer reglas analógicas, pero ni la autolesión es típica ni tampoco está prohibida. El dominio del hecho debe reconducirse, y no solo por este motivo, siempre a la acción, porque sus cualidades deciden la tipicidad y la atipicidad, la autoría y la participación. Y así, con relación al error sobre la cualidad lesiva de la acción, cabe distinguir dos grupos de situaciones: uno en que la víctima no conoce la peligrosidad de la acción para el bien jurídico del que es portadora y otro en que conoce la peligrosidad potencial, pero no la actual de su acción. Respecto al primero, existe prácticamente unanimidad en considerar que el error sobre la cualidad lesiva de la acción otorga el dominio del hecho al sujeto de atrás, cuando este lo ha producido mediante engaño o se aprovecha de uno que ya padece la víctima. La instrumentalización de la víctima se basa en el desconocimiento del carácter lesivo inherente a la acción que realiza, pero que no es advertido por la víctima o, siéndolo resulta ya inevitable. La víctima no dispone libremente de su bien jurídico cuando el contenido del error que sufre decida sobre el resultado de la lesión del bien jurídico. Con relación al segundo grupo de situaciones, la solución de la autoría mediata podría ser aceptable también cuando la víctima, si bien no desconoce totalmente la peligrosidad genérica de la acción que pretende realizar, sí que la ejecuta confiada en la seguridad, ofrecida por un tercero, respecto a que tal peligrosidad no se verificará en lesión. MUÑOZ CONDE pone los ejemplos del profesor de patinaje que aconseja a su alumno que patine sobre un lago helado diciéndole que no le va a ocurrir nada, pero ocultándole que la capa de hielo es tan fina que no resistiría su peso, o el del profesor de vela que convence al navegante inexperto a salir al mar en un día en el que se sabe se esperan fuertes tormentas, ocultándole tal circunstancia. Habría, no obstante, que tomar esto con algunas precauciones, pues la ocultación de la verdadera situación tendría que tener la entidad suficiente para excluir la libertad de decisión del sujeto de delante, pues solo en este caso es posible hablar de dominio del hecho en el sujeto de atrás. Y en efecto, si la

decisión de realizar la actividad, en principio peligrosa, se basa exclusivamente y se hace depender, no del consejo de cualquier persona, sino de una experta en la materia, podría entenderse que el dominio del hecho lo tiene siempre ese sujeto de atrás, puesto que la acción peligrosa se realiza al amparo de los conocimientos técnicos de un experto, y no de otra persona aunque tuviera confianza en ella. Pues de otro modo, los límites entre la inducción y la autoría mediata se confundirían y se tendría que castigar como autor mediato al simple acompañante del conductor u otra persona que le incita a conducir a una velocidad excesiva con el fin de que sufra un accidente o a quien realiza apuestas con otro para que realice una actividad peligrosa con el fin de que sufra una lesión. De manera que la autoría mediata se presenta también si la peligrosidad concreta de la acción de la víctima permanece desconocida para ella, a pesar de que abstractamente pueda considerarse que la acción que realiza es peligrosa en determinadas condiciones, que son las que le oculta el tercero. Si la víctima no solo conoce que la actividad que realiza es peligrosa en general, sino que también concurren las circunstancias que la pueden convertir en lesiva, entonces no cabría hablar ni de dominio del hecho ni de autoría mediata, pues la víctima actuaría con un control objetivo y subjetivo, por más que la incitación del tercero a que realice la actividad provenga de un cualificado que pudiera eliminar la desconfianza de la víctima.

74 Por lo que respecta al error en los motivos, se trata de una categoría que ha sufrido una fuerte transformación en los últimos años. Generalmente, la doctrina niega a un error en los motivos la eficacia para excluir la libertad de la persona. Se considera que el mero error en los motivos es irrelevante, e incluso se niega su diferenciación con el error sobre el concreto sentido de la acción. La discusión se ha reavivado en Alemania, sobre todo, con ocasión del 'caso Sirius':

75 "El acusado A, había convencido a la señora S, que creía ciegamente en él, que había llegado al planeta Tierra procedente de la estrella Sirius, con la misión de procurar que algunas personas muy valiosas, entre las que se encontraba la señora S, pudieran seguir viviendo en otro planeta como entes astrales. Con la argumentación de que S en su nueva vida iba también a necesitar dinero, la indujo a suscribir un seguro de vida a favor del propio A, cuyo importe le haría llegar cuando lo cobrara. Algún tiempo después, le contó que en una nave roja junto al lago de Ginebra le estaba esperando un nuevo cuerpo, en el que ella se transformaría en una artista cuando se separara de su viejo cuerpo. Para ello A le exigió que siguiera sus instrucciones, conforme a las que S se introdujo en la bañera llena de

agua, y ella misma dejó caer activado, varias veces, el secador eléctrico de pelo. Sin embargo, no llegó a producirse la descarga eléctrica letal, de modo que S siguió con vida".

76 Se ha destacado que la solución a todos esos casos de error en los motivos no debería hacerse depender tanto del estado de la víctima cuanto de si existe o no un dominio por parte del sujeto de atrás. Naturalmente, lo uno influye sobre lo otro, pero no sería tan decisiva la catalogación más o menos concreta del estado de imputabilidad o de haber pedido seriamente la muerte e intervenir en su propia autolesión, como la actividad que realice el sujeto de atrás controlando con un superior conocimiento la actividad de la víctima. Coincido totalmente con el punto de vista de aquellos autores que consideran relevante el error sobre la cualidad de la acción, pero no el error sobre los motivos. La línea a seguir debe ser aquella que permita confeccionar una verdadera realización del hecho a través de otro, lo que presupone una instrumentalización que, mediante error, puede adquirir una distinta variedad. El principio conductor debe ser el dominio del hecho, y este debe extenderse no sobre cualquier aspecto del hecho, sino solo sobre aquellos que otorguen la cualidad lesiva de la acción, en relación con el bien jurídico. El dominio del hecho aparece primeramente como fáctico, pues consiste en determinar un acontecimiento en su sentido final; pero tal determinación no se consigue con cualquier influencia sobre la decisión de otro ni sobre cualquier eventualidad de tal decisión. Si el suicida conoce la lesividad de su acción y acepta la autolesión, por el motivo que quiera, debemos entender que actúa libremente, bajo ningún error relevante. En el Derecho positivo, además, las situaciones de error en los motivos no quedan impunes, pues pueden reconducirse a la inducción o auxilio al suicidio.

4. Aparatos organizados de poder

77 Las importantes aportaciones de ROXIN llegan incluso al punto de modificar el contenido clásico de la autoría mediata. Según este autor, el dominio de la voluntad también puede obtenerse a través de los llamados "aparatos organizados de poder" –*Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate*–, en que la preponderante posición que ocupan en ellos uno o varios sujetos los convierte en autores mediatos de los delitos que ejecutan sus miembros. Junto a la falta de libertad –casos de coacción– y a la "ceguera" del instrumento –casos de error–, que permiten al sujeto de atrás controlar el suceso típico, se encuentra como fundamento de la autoría mediata la *fungibilidad* de los miembros de la organización criminal, que son también meros instrumentos de los que se encuentran en la cúpula del aparato cuando les ordenan la comisión

de un delito. El dominio estaría siempre en el sujeto de atrás, puesto que la "estructura del aparato garantiza el cumplimiento de la orden independientemente de la individualidad del ejecutor inmediato", pues aunque en alguna ocasión el miembro de la organización al que se le ha dado la orden se negara a ejecutar el delito, debido a la *fungibilidad* del ejecutor dentro del aparato de poder, podría sustituírsele automáticamente por otro, con lo que el delito de todas formas se ejecutaría, lo que precisamente da consistencia a esta forma de dominio del hecho, inherente al mecanismo de funcionamiento de los aparatos, pues el ejecutor es una "rueda intercambiable en el ámbito del aparato de poder".

78 Pues bien, en orden a delimitar quiénes son autores mediatos y no meros partícipes, considera ROXIN que el "autor de la mesa de despacho" –*Schreibstischtäter*–, el que tiene dentro de la organización capacidad para dictar órdenes a personas subordinadas a él, posee el dominio del hecho, es autor mediato, con independencia de que actúe por su propia iniciativa o cumpliendo a su vez la orden de un superior. Lo decisivo es que ese sujeto domine parte de la organización que le permita que otro miembro de la organización ejecute un delito, con lo que puede presentarse una cadena de autores mediatos hasta que sus actividades desembocan, finalmente, en la ejecución del delito por parte del autor inmediato. Esto supone, según ROXIN, que conductas como firmar un documento o una llamada telefónica puedan considerarse como acciones que realizan homicidios. No se descarta, sin embargo, la participación, pero esta solo tiene lugar cuando la actividad del miembro de la organización no consista en el manejo autónomo del aparato, sino en asesoramiento, en el desarrollo de planes o en proporcionar instrumentos o medios para cometer los delitos.

79 Para otros autores, sin embargo, no es satisfactoria la construcción de la autoría mediata para incriminar a los que manejan los aparatos de poder, sino que las acciones delictivas derivadas de los aparatos organizados de poder responden mejor a la idea de dominio del hecho compartido entre dirigentes y ejecutores que a la existencia de una relación de subordinación entre ellos, aunque también esta pueda ser fundamental. Según esta dirección doctrinal, la idea que mejor caracteriza los hechos ejecutados a través de un aparato organizado de poder, con independencia de cuáles sean las funciones que cada uno realiza y los intereses que cada uno tenga, es la de una obra conjunta, que llevan a cabo de mutuo acuerdo, dando lugar a acciones delictivas que pueden imputarse individualmente a cada uno de los componentes del aparato de poder, y por tanto constitutivas de una coautoría.

Desde mi punto de vista, aquellas organizaciones cuya estructura obe- 80
dece a la *fungibilidad* de medios y de personas para llevar a cabo la comisión de los delitos, permitiendo que el indeterminado y anónimo ejecutor sea una pieza más de la maquinaria delictiva y que pueda ser inmediatamente sustituido por otro, constituye también para mí un factor decisivo a la hora de configurar la responsabilidad del dirigente de la organización. Creo que la *fungibilidad* del ejecutor en las organizaciones de poder no es, sin embargo, decisiva para admitir un dominio del hecho en quien las dirige planificando, aportando medios y ordenando las acciones delictivas. Tener un aparato en las manos no es decisivo porque no consigue por sí una instrumentalización del ejecutor, cuando sin estar sometido a error o coacción hace propia la influencia que recibe de sus dirigentes. Podría, sin embargo, entenderse que los ejecutores de los delitos en realidad funcionan como meros instrumentos, pero la instrumentalización no es válida en la autoría mediata cuando el propio sujeto la asume voluntariamente. Más bien, creo que la fungibilidad es un argumento que se vuelve en contra de la construcción de la autoría mediata. En efecto, si se acepta que el concreto ejecutor puede negarse a cumplir la orden, y ello en virtud de una resolución libre de su voluntad, entonces es que la influencia que está recibiendo a través de esa orden es constitutiva únicamente de inducción. No puede afirmarse que el hecho desde su raíz responda a una autoría del sujeto de atrás porque lo que debe valorarse es el caso concreto, y si bien puede ser cierto que los ejecutores son fácilmente reemplazables, si alguno se puede negar libremente, como lo debe estar antes de recibir la orden, ya evidencia que no estamos ante un dominio de la decisión de los dirigentes; el dominio lo tendrán sobre la organización, pero no sobre el que ejecuta materialmente la acción; la cualidad lesiva del comportamiento del sujeto de delante no es dominada por los sujetos de atrás. Trasladar la principal responsabilidad a los que actúan detrás es quitarle al que actúa delante, al que no le importa realizar de propia mano las acciones delictivas, al que en todo momento está dispuesto a cumplir cualquier orden, por antijurídica y reprochable que sea, a la que no le ponen reparo y seguramente en la que no tienen ningún interés, la verdadera dimensión de su hecho.

Desechadas las vías de la autoría mediata y la coautoría, así como la de la 81
inducción, los dirigentes de los aparatos organizados de poder, que operan con personas fungibles para cometer los delitos, se asimilan en mayor medida a la figura de la complicidad o cooperación necesaria. El dirigente del aparato en ocasiones podrá tener, como máximo, un *dominio negativo* del hecho, un poder de interrupción de la realización del delito, pero resulta insuficiente para fundamentar su autoría. Sin olvidar que los ejecutores asumen una responsabilidad

directa cuando aceptan y cumplen esas órdenes, el cooperador necesario aporta al hecho punible un conjunto de actividades, donde se mezclan actos de inducción con otros consistentes en la aportación de medios materiales y formas de llevar a cabo la ejecución, reclutamiento de las víctimas o proporcionando información sobre ellas, etc. El realizar todos esos actos y ponerlos a disposición de otras personas puede entenderse como colaboración imprescindible. Es una solución que ciertamente solo satisface en cuanto que el Derecho equipara la cooperación necesaria a la autoría, a los efectos de la pena, pero por muy horrendos que sean estos hechos, hasta tanto no se modifiquen las normas penales sobre autoría no pueden reconducirse a ella. La calificación correcta de los miembros intermedios que van comunicando la orden a los ejecutores es la de cómplices, excepto el último que se erige como inductor del hecho, es el que le transmite la orden de ejecutar el delito, aunque sepa que la ideología la impone otro, o la ha asumido el mismo o su ordenante.

V. Bibliografía

82 AMBOS, Kai, *Der Allgemeiner Teil eines Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung.* Duncker Humblot, Berlín, 2002; BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Principios de Derecho penal. Parte general.* 3ª edición. Akal, Madrid, 1994; BELING, Ernst, *Die Lehre vom Verbrechen.* J.C.B. Mohr, Tübingen, 1906; BINDING, Karl, "Die drei Subjekte strafrechtlicher Verantwortlichkeit: der Täter, der Verursacher ('Uhreber') und der Gehilfe, Vortrag, gehalten in der Leipziger Juristischen Gesellschaft, am 28. November 1906". En: *GS Bd.*71 (1908); BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Ubertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts.* Tomo IV, Vol. 2. Felix Meiner, Leipzig, 1920; BLOY, René, *Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht.* Duncker & Humblot, Berlín, 1985; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva.* Civitas - Prensas Universitarias de Zaragoza, Madrid, 1995; BOLEA BARDÓN, Carolina, *Autoría mediata en Derecho penal.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; BOTTKE, Wilfried, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft. Zur Struktur von Täterschaft bei aktiver Begehung und Unterlassung als Baustein eines gemeineuropäischen Strafrechtssystems.* C.F. Müller, Heidelberg, 1992; CEREZO MIR, José, "Autoría y participación en el borrador de Anteproyecto de Código penal, Parte general, de octubre de 1990". En: *Presupuestos para la reforma penal.* Centro de Estudios Criminológicos de la Universidad de La Laguna, Tenerife, 1992; CEREZO MIR, José, "Autoría y participación en el Código Penal vigente y el futuro Código Penal". En: CEREZO MIR, José, *Problemas fundamentales del Derecho penal.* Tecnos, Madrid, 1982; CEREZO MIR, José, "La polémica en torno al concepto finalista de autor en la ciencia del Derecho penal española". En: CEREZO MIR, José, *Problemas fundamentales de Derecho penal.* Tecnos, Madrid, 1982; CUERDA RIEZU, Antonio, "Estructura de la

autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho penal español". En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales* T. 45, Fasc./mes 2, 1992; Díaz y García Conlledo, Miguel, *La autoría en Derecho penal*. PPU, Barcelona, 1991; Faraldo Cabana, Patricia, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas. La autoría mediata con aparatos organizados de poder*. Tirant lo blanch, Valencia, 2003; Farre Trepat, Elena, "Sobre el comienzo de la tentativa en los delitos de omisión en la autoría mediata y en la *actio libera in causa*". En: *Estudios Penales y Criminológicos* Nº 13, 1988-1989; Gallas, Wilhelm, *Beiträge zur Verbrechenslehre*. Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1968; Gimbernat Ordeig, Enrique, *Autor y cómplice en Derecho penal*. Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones e intercambio, Madrid, 1966; Gómez Benítez, José Miguel. "El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)". En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales* T. 37, Fasc./mes 1, 1984; Gómez Rivero, María del Carmen, *La inducción a cometer delito*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995; González Rus, Juan José, "Autoría única inmediata, autoría mediata y coautoría". En: Del Rosal Blasco, Bernardo (director), *Problemas de autoría*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994; Gracia Martín, Luis, *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*. Tomo I. Prensas Universitarias, Zaragoza, 1985; Gracia Martín, Luis. *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*. Tomo II. Estudio específico del artículo 15 bis del Código penal español (doctrina, legislación y jurisprudencia). Prensas Universitarias, Zaragoza, 1986; Hernández Plasencia, José Ulises, *La autoría mediata en Derecho penal*. Comares, Granada, 1996; Hernández Plasencia, José Ulises, "La codelincuencia en organizaciones criminales de estructura jerarquizada". En: *Revista de Derecho penal y Criminología* Nº 17, 2006; Herzberg, Rolf Dietrich, "Beteiligung an einer Selbsttötung oder tödlichen Selbstgefährdung als Tötungsdelikt (Teil 4)". En: *JA*, 1985; Herzberg, Rolf Dietrich, *Täterschaft und Teilnahme*. C.H. Beck, München, 1977; Hirsch, Hans Joachim, "Acerca de los límites de la autoría mediata". En: *Presupuestos para la reforma penal*. Traducción de Esteban Sola Reche y Michele Klein. Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de La Laguna, 1992; Jakobs, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2ª edición. Walter de Gruyter, Berlín - New York, 1991; Kienapfel, Diethelm, *Der Einheitstäter im Strafrecht*. Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1971; Luzón Peña, Diego Manuel, "La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado". En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales* T. 42, Fasc./mes 3, 1989; Maqueda Abreu, María Luisa, *Los delitos de propia mano*. Tecnos, Madrid, 1992; Meyer, Maria Katharina, *Der Ausschluß der Autonomie durch Irrtum. Ein Beitrag zu mittelbarer Täterschaft und Einwilligung*. Carl Heymanns Verlag, Köln/München, 1984; Muñoz Conde, Francisco, "Provocación al suicidio mediante engaño: un caso límite entre autoría mediata en asesinato e inducción y ayuda al suicidio". En: Polaino Navarrete, Miguel (compilador), *Estudios jurídicos sobre la reforma*

penal. Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, Córdoba, 1987 (publicado también en *Doctrina Penal*, 1987; *RFDUG*, 1987, t. II; y en *ZStW*, 1994); MURMANN, Uwe, *Die Nebentäterschaft im Strafrecht. Ein Beitrag zu einer personalen Tatherrschaftslehre*. Duncker & Humblot, Berlín, 1993; OLMEDO CARDENETE, Miguel, *La inducción como forma de participación accesoria*. Derecho Reunidas, Madrid, 1999; PEÑARANDA RAMOS, Enrique, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*. Tecnos, Madrid, 1990; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, "El autor mediato en Derecho penal español". En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales* T. 22, Fasc./mes 3, 1969; ROMEO CASABONA, Carlos María, *El Derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994; ROMEO CASABONA, Carlos María, *El médico y el Derecho penal: la actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)*. Tomo I. Bosch, Barcelona, 1981; ROXIN, Claus, "Der Anfang des beendeten Versuchs. Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch bei den unechten Unterlassungsdelikten". En: *Festschrift für Reinhart Maurach* zum 70. Geburtstag, C.F. Müller, Karlsruhe, 1972; ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil, t. I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 2ª edición. C.H. Beck, München, 1994; ROXIN, Claus, "Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate". En: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1963; ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*. 6ª edición. Walter de Gruyter, Berlín - New York, 1994; SCHILD, Wolfgang, *Täterschaft als Tatherrschaft*. Walter de Gruyter, Berlín - New York, 1994; SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 2ª edición. J.C.B. Mohr, Tübingen,1975; SCHMIDT, Eberhard, "Die mittelbare Täterschaft". En: *Frank-FS*, t. II, Scientia Verlag Aallen (reimpresión de la edición de 1930), 1969; SCHROEDER, Friederich-Christian. *Der Täter hinter dem Täter*. Duncker & Humblot, Berlín, 1965; SCHUMANN, Heribert. *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der anderen*. J.C.B. Mohr, Tübinger, 1986; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, "Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros". En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1987; SOLA RECHE, Esteban, *La problemática asociada a la llamada "tentativa inidónea" de delito. Aspectos básicos*. Tesis doctoral inédita. 1995; STEIN, Ulrich. *Die strafrechtliche Beteilugungsformenlehre*. Duncker & Humblot, Berlín, 1988; TORIO LÓPEZ, Ángel, "La noción jurídica de suicidio". En: *Estudios de Derecho Público y Privado, homenaje al Dr. Serrano y Serrano*. Vol. II. Valladolid, 1965; WALTHER, Susanne, *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche zurechnung: zur abgrenzung der veranwortungsbereiche von täter und "opfer" bei riskantem zusammenwirken*. Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg, 1991; WELZEL, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*. 11ª edición. Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1969 (traducción de Juan BUSTOS RAMÍREZ y Sergio YAÑEZ PÉREZ, *Derecho penal alemán. Parte general*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970); WELZEL, Hans, "Studien zum System des Strafrecht". En: *ZStW*, 1939.

§ 23
Coautoría

ESTEBAN PÉREZ ALONSO
Universidad de Granada
(España)

Sumario

		Nm	P
I.	Introducción	1	323
II.	Concepciones sobre la autoría	11	327
III.	Las formas de autoría	23	330
	1. La autoría inmediata	24	331
	2. La autoría mediata	25	331
IV.	La coautoría	39	335
	1. Estructura y definición	39	335
	2. Elementos típicos	42	336
	2.1. Tipo objetivo: la ejecución conjunta del hecho	43	336
	2.2. Tipo subjetivo: la decisión conjunta al hecho	52	339
	2.3. Delimitación de la complicidad (primaria)	57	341
V.	Bibliografía	74	344

§ 23.- Coautoría

"El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción".

I. Introducción

El Capítulo IV del título II (Del hecho punible) del libro I (Parte General) del Código Penal peruano (CPP, en adelante), como reza en su rúbrica, regula la materia referida a la autoría y la participación criminal. El precepto introductorio de dicho capítulo es el artículo 23 CPP, destinado a la regulación de la autoría y sus formas (autoría, autoría mediata y coautoría), que constituye la materia objeto de este comentario. Aunque también habrá que tener en cuenta los demás preceptos contenidos en dicho capítulo, especialmente los relativos a las formas de participación criminal, es decir, el artículo 24 CPP que regula la inducción y, sobre todo, el artículo 25 CPP que ofrece una regulación dual de la complicidad, en la medida que distingue entre una complicidad primaria y otra secundaria. Por su parte, el artículo 26 se refiere a la interesante cuestión de la incomunicabilidad de las circunstancias a los participantes, mientras que el artículo 27 CPP cierra el capítulo con la regulación de la actuación en nombre de otro. 1

De la simple lectura de la rúbrica del mencionado Capítulo IV, así como de la rúbrica de los preceptos legales en él contenidos, parece evidente que el Código Penal peruano sigue un *sistema binario o diferenciador de autoría y participación* para regular las formas de intervención criminal. Frente al sistema unitario, en el que 2

a todos los intervinientes en el hecho se les cataloga en una categoría única de autoría, castigada con la misma pena, el sistema binario se caracteriza por distinguir dos grandes categorías de intervención criminal: las formas de intervención principales y autónomas (autoría) y las formas de intervención secundarias y dependientes (participación). Dicho sistema se basa en un concepto restrictivo de autor y en el principio de accesoriedad de la participación.

3 Hay indicios legales suficientes para afirmar, como se ha señalado, que el Código Penal peruano sigue este sistema diferenciador, pues en la propia rúbrica del Capítulo IV distingue expresamente entre autoría y participación. Por otra parte, separa claramente la regulación legal de la autoría en sentido estricto, que se recoge en el artículo 23 CPP, de las formas de participación comúnmente aceptadas, es decir, la inducción o instigación y la complicidad, recogidas en los artículos 24 y 25 CPP. Y ello pese a que la inducción y la complicidad primaria sean castigadas con la misma pena que el autor, por tratarse de formas cualificadas de participación, pero sin llegar a tener la consideración, por ello, de formas de autoría. El Código deja bien claro este extremo cuando señala en ambos casos que el inductor y el cómplice principal serán reprimidos con la pena prevista para el autor, por lo que es evidente que no los cataloga como autores. Además, también resulta evidente tal diferenciación cuando regula la incomunicabilidad de las circunstancias a los participantes o intervinientes en el hecho (Art. 26 CPP), refiriéndose de nuevo de forma expresa a autores y partícipes por separado.

4 Este sistema presenta ventajas indudables respecto al unitario, entre otras, porque atiende a la objetiva importancia social de cada intervención en el hecho para determinar la responsabilidad criminal y, además, porque la accesoriedad de la participación cumple una función de garantía y limitadora de la responsabilidad de los partícipes, mostrando un menor rigor punitivo. Por todo ello, el sistema diferenciador se ajusta mejor a los postulados del Derecho penal de un Estado de Derecho, fundamentalmente, al principio de legalidad y al principio de intervención mínima.

5 De hecho, este es el sistema de regulación legal de la intervención criminal que siguen la mayor parte de países, entre los que cabe destacar España y Alemania. La regulación de la autoría y sus formas recogida en el artículo 23 CPP es ciertamente similar a la que ofrecen el artículo 28.1 CPE y el § 25 StGB. También coincide con los §§ 26 y 27 StGB en cuanto a la exigencia explícita de intervención dolosa del partícipe en el hecho, mientras que la analogía con los artículos 28.2 y 29 CPE es también considerable, en cuanto al establecimiento de dos formas de complicidad (necesaria o simple), junto a la inducción,

como formas de participación, así como en la equiparación penológica de la inducción y cooperación necesaria o principal a la autoría, dejando solo una disminución obligatoria de la pena para la complicidad simple o secundaria.

6 No cabe duda que el artículo 23 constituye el eje del modelo de autoría establecido por el Código Penal peruano, teniendo, además, un significado teórico y una función sistemática de importancia. Este precepto, en contraposición a los dos siguientes, distingue clara y expresamente la autoría en sentido estricto y sus formas, al declarar como autor propiamente dicho al "que realiza por sí solo o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente". Cualquiera de estos sujetos es el responsable directo, principal e independiente de la infracción penal. Por el contrario, los artículos 24 y 25 CPP, en relación opositiva al precepto anterior, castigan con la misma pena que el autor, pero sin serlo, al "que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible" (instigador) y al "que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado" (cómplice primario), mientras que castiga con una pena inferior "a los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia" (cómplices secundarios o simples). Los inductores y los cooperadores primarios son partícipes en un hecho ajeno, sometidos al principio de accesoriedad, aunque castigados con igual pena que el autor. Estos sujetos son los responsables indirectos, accesorios y dependientes de la infracción realizada por el verdadero autor.

7 El artículo 23 CPP contiene los aspectos más importantes sobre la autoría, en cuanto que viene a reconocer legal y expresamente las tres formas de autoría comúnmente aceptadas: la autoría inmediata o individual (por sí), la autoría mediata (por medio de otro) y la coautoría (conjuntamente). Este reconocimiento legal cumple una función aclaratoria importante sobre las diversas formas de autoría en sentido estricto, especialmente en lo que se refiere a la coautoría y a la autoría mediata. Con ello se disipa cualquier duda sobre su verdadera naturaleza como modalidades de autoría, al tiempo que también se evitan equívocos en la jurisprudencia y en la doctrina. Por ello, según creo, era necesario un precepto de este calado teórico y, además, porque supone una plasmación expresa del principio de legalidad en materia de autoría. Parece claro que el artículo 23 CPP, cuando castiga como autores a los que realizan el hecho punible, está acogiendo un concepto restrictivo de autor, al reconocer explícitamente el principio de referencia al tipo como presupuesto ineludible de cualquier concepto y clase de autoría. La tipicidad constituye la barrera infranqueable entre la autoría y la participación: solo puede ser autor quien realice el hecho punible. En suma, este precepto proclama un concepto

restrictivo de autor, basado en el principio de referencia al tipo, cuyo fundamento reside en la realización del hecho típico, encontrando su ubicación sistemática en sede de tipicidad.

8 Por tanto, a diferencia de los artículos 24 y 25 CPP, el artículo 23 CPP tiene un efecto declarativo primario en todos sus términos y no constitutivo, en cuanto que viene a declarar y reconocer expresamente quiénes son autores, pero no convierte en autor a ningún sujeto que no lo sea en sentido propio. No es, por tanto, una cláusula de extensión del tipo ni de la pena, sino que declara que aquel que realice el hecho punible es autor del delito y merece ser castigado, en consecuencia, con la pena prevista en el tipo correspondiente.

9 Del mismo modo, hay que señalar que no tiene sentido reproducir la tradicional polémica doctrinal sostenida en la doctrina española sobre la ubicación de la autoría ante la regulación que ofrece el Código Penal peruano. Es claro que no puede haber más autores que los reconocidos en el artículo 23 CPP, cuando reconoce las tres modalidades de autoría y la realización del hecho punible (referencia al tipo) como elemento común a todas ellas. Pero, al mismo tiempo, esta proclamación general de la autoría se concreta y complementa en cada tipo penal: si el autor es quien realiza el hecho punible, este no puede ser más que el hecho prohibido u ordenado en el correspondiente tipo (de autoría) de la Parte Especial y castigado con pena. Los tipos penales describen las conductas prohibidas o mandadas y se refieren al sujeto de las mismas ("el que..."), por ello se habla de tipos de autoría, porque imputan como propia la realización de un hecho típico principal, estableciendo una responsabilidad independiente, mientras que el artículo 23 CPP reconoce quiénes son estos sujetos (los autores) y cómo se pueden realizar tales conductas (por sí o por medio de otro y los que lo cometan conjuntamente).

10 Frente a los tipos de autoría o principales (de la Parte Especial) realizados por quienes son autores y en las formas reconocidas en el artículo 23 CPP, se encuentran los tipos de participación o accesorios recogidos en los artículos 24 y 25 CPP que sí tienen efecto constitutivo en cuanto a la tipicidad y punibilidad de los partícipes. Estos tipos imputan como propio la realización de un tipo accesorio, es decir, la contribución al hecho ajeno realizado por el autor, estableciendo una responsabilidad dependiente de este. Por ello, se habla de tipo accesorio o dependiente, porque está compuesto por las disposiciones generales que incriminan la participación (Arts. 24 y 25 CPP) y el tipo principal realizado por el autor al que va referido. Por ello, su efecto es constitutivo, porque de no existir tales conductas participativas serían impunes por atípicas, ya que no les alcanza el tipo principal al que se refieren y del que

dependen, que solo afecta a quien lo realiza, es decir, al autor. En definitiva, puede concluirse que no hay más autores y partícipes que los recogidos en los artículos 23, 24 y 25 CPP: a los primeros se les declara responsables directos por realizar un tipo principal o de autoría (Art. 23 CPP), mientras que a los segundos se les convierte en responsables por la realización de un tipo accesorio o de participación (Arts. 24 y 25 CPP), que depende del hecho ajeno realizado por el autor tanto desde el punto de vista cualitativo como cuantitativo.

II. Concepciones sobre la autoría

Al igual que sucede con el § 25 StGB y el artículo 28,1 CPE, el artículo 23 CPP no da una definición legal de la autoría, ni sería propio que lo hiciera, sino que es tarea de la doctrina y jurisprudencia ofrecer un concepto de autor conforme a lo establecido en dicho precepto. La fórmula legal empleada para reconocer la autoría es lo suficientemente firme como para que se respeten los presupuestos básicos y esenciales que permitan alcanzar un concepto restrictivo de autor, pero, al mismo tiempo, es lo suficientemente neutra y flexible como para que pueda ser interpretada conforme a las diversas teorías que se defienden en la actualidad sobre la autoría. 11

No obstante, antes de exponer y optar por alguna de las concepciones de la autoría conviene destacar que la opción por un concepto restrictivo de autor supone también la exclusión del concepto extensivo de autor. Pese a estar enmarcado en un sistema binario, no se diferencia demasiado del concepto unitario, pues lleva a cabo una interpretación extensiva de los tipos penales para considerar como autor a todo aquel que sea causal para la realización del tipo (*conditio sine qua non*). Desde esta perspectiva, la autoría es la regla general y la participación, la excepción, puesto que los preceptos incriminadores de las formas de participación suponen una exclusión expresa de la autoría y son concebidos como causas de restricción de la tipicidad y de la pena. Este concepto fue defendido fundamentalmente por los partidarios de las teorías subjetivas de la autoría y la participación –aunque también por algunos representantes de la teoría objetivo-formal–. 12

a) La concepción subjetiva de la autoría parte de considerar que no es posible establecer la distinción entre autor y partícipe en el plano objetivo, dado que todas las contribuciones tienen idéntica equivalencia de causa, sino que hay que acudir al plano subjetivo, al ánimo y actitud subjetiva que adopte el sujeto frente al hecho. Autor sería aquel que actúe con *animus auctoris* y partícipe, aquel que actúe con *animus socii*. Dentro de esta concepción cabe destacar fundamentalmente la teoría del dolo, que establece la diferenciación en 13

función del distinto grado de intensidad en la voluntad o intención de realización del hecho, y la teoría del interés, que considera autor a aquel que tenga o muestre un mayor interés en la comisión del delito con independencia de su intervención objetiva. Este tipo de planteamientos subjetivos están ya claramente desfasados y abandonados en la doctrina que, en la actualidad, acude a criterios objetivos para establecer la distinción entre autor y partícipe.

14 b) Las teorías objetivo-formales son las precursoras de definir al autor por su referencia al tipo: autoría es realización del tipo legal. Fueron doctrina dominante en Alemania hasta mediados del siglo pasado y en España hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995, pero en ambos casos han sido desterradas por la teoría del dominio del hecho. En España, estas teorías han conocido fundamentalmente dos versiones:

15 a'. La teoría objetivo-formal clásica se caracteriza por considerar autor a todo aquel que realice alguna acción ejecutiva, frente al partícipe que lleva a cabo actos preparatorios o de mero auxilio durante la ejecución del hecho. Se establece una correspondencia entre autor-partícipe y actos ejecutivos-preparatorios, de tal manera que la coautoría se diferencia de la complicidad de la misma forma en que se distinguen las acciones ejecutivas (tentativa) de las preparatorias. Por ejemplo, el que sujeta a la víctima mientras que el compañero le asesta la puñalada mortal o tiene acceso carnal sería coautor de un homicidio o violación, por cuanto que realiza actos ejecutivos de la muerte o de la violación. No sería autor, por el contrario, el sujeto que se sitúa en la puerta de un banco para realizar labores de vigilancia, mientras que sus compañeros sustraen el dinero bajo intimidación, porque la vigilancia no es un acto ejecutivo del robo, sino un acto de cooperación necesaria (participación).

16 b'. La teoría objetivo-formal moderna o de la subsunción típica define la autoría por la realización de actos típicos, considerando que el concepto de acción típica es más estricto que el de acción ejecutiva. El autor se caracteriza por realizar una acción que puede conjugarse directamente con el verbo típico, frente al partícipe cuya conducta no encaja en la descripción típica. En los ejemplos anteriores, el que sujeta a la víctima mientras otro le asesta la puñalada mortal o tiene acceso carnal no sería coautor de homicidio o violación, por cuanto que sujetar no es matar ni violar, es decir, no son actos típicos (de autoría), sino actos que contribuyen a la realización de un hecho ajeno (de participación), como también sucedería en el caso de la vigilancia en el robo.

17 c'. Las teorías objetivo-materiales se apartan de la voluntad o ánimo del sujeto para delimitar la autoría de la participación (aspecto objetivo), al

tiempo que consideran insuficiente la mera referencia formal al tipo para tal fin (aspecto material). Por regla general, tomaban como punto de partida las teorías individualizadoras de la causalidad, es decir, aquellas que distinguían entre causa (autor) y condición (partícipe) del resultado. Así, por ejemplo, la teoría de la necesidad consideraba autor a todo aquel que colocara una causa necesaria, eficiente e indispensable para la producción del resultado, mientras que era cómplice todo aquel que interponía una condición accesoria, prescindible, coadyuvante del resultado, sin la cual este se hubiera producido igualmente.

18 En este contexto objetivo-material hay que destacar especialmente *la teoría del dominio del hecho*, que surgió a comienzos de los años treinta del siglo pasado en Alemania, aunque está muy distanciada de sus antecesoras. Fue dada a conocer por WELZEL, pocos años después de su aparición, pero el impulso definitivo lo obtuvo con la publicación de la obra de ROXIN (*Autoría y dominio del hecho*, en 1963). En este trabajo se ofrece la formulación más completa de esta teoría que, sin duda, es la mayoritaria tanto en la doctrina alemana y española como en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español.

19 Esta teoría ofrece un concepto restrictivo de autor, partiendo del principio de referencia al tipo, en el sentido de que solo puede ser autor quien realiza (por acción u omisión) el hecho injusto (doloso o culposo) tipificado en la ley y conminado con pena. El fundamento de la autoría es, por tanto, el tipo legal, ya que la razón del castigo del autor reside en la realización de la conducta prohibida o en la no realización de la conducta mandada por la norma penal, por resultar peligrosa o lesiva para el bien jurídico protegido.

20 De lo dicho cabe deducir que no existe un criterio universal para definir la autoría, sino que los criterios de la autoría deben ajustarse a las peculiaridades de cada tipo penal: 'El concepto de autor debe ser extraído de la materia jurídica, no le debe ser impuesto a esta' (ROXIN). Por tanto, debe quedar claro que el criterio del dominio del hecho no tiene validez universal para definir la autoría en todos los tipos de delito. No obstante, sí puede considerarse como el criterio general, en cuanto que resulta válido para los delitos referidos a los ámbitos del ser o existencia físico-social y psíquica, que constituyen la mayoría de delitos de la Parte Especial. Junto a estos delitos de dominio que se rigen por el criterio del dominio del hecho, se suele distinguir también los delitos de infracción de deber y los delitos de propia mano, en los que la autoría se determina a través de otros criterios.

21 La teoría del dominio del hecho se caracteriza, además, por mostrarse como una síntesis de elementos objetivos y subjetivos. De forma muy genérica,

puede decirse que el dominio del hecho consiste objetivamente en el poder de configurar y determinar el sí y el cómo de la realización del tipo –el hecho está en manos del autor–, mientras que subjetivamente el autor ha de tener conocimiento de las circunstancias objetivas que fundamentan su dominio sobre el hecho. Por ejemplo, en una violación, las riendas del hecho las tiene tanto el que intimida con la navaja a la víctima como el que tiene acceso carnal; en un atentado terrorista con artefacto explosivo, que es entregado por un empleado de correos, el hecho está en las manos del que instrumentaliza mediante error al mensajero, que desconoce el contenido del paquete, por el mayor conocimiento y control que tiene de la situación.

22 Esta teoría no ofrece un concepto indeterminado de autor, ni tampoco un concepto fijo que permita definir al autor en todos los casos mediante una simple deducción, como si de una operación matemática se tratara. Dicha teoría apuesta por una tercera vía, considerando al dominio del hecho como un concepto abierto, que se caracteriza por un elemento descriptivo y por un elemento regulativo. Frente a una definición exacta o un concepto indeterminado se sitúa una descripción, que tome en consideración las diferentes formas en que la autoría puede aparecer y las constelaciones de casos que se pueden presentar en la vida real. Dicho elemento se ve complementado por principios regulativos que son indicadores de la dirección o tendencia a seguir por parte de los jueces en cada caso a enjuiciar. La teoría del dominio del hecho propone, en definitiva, el método propio de la tópica jurídica para definir al autor. En este sentido, se ha advertido que "la teoría de la participación no puede explicarse, por lo tanto, mediante una pirámide encabezada por el elemento dominio del hecho, que permitiría la deducción de consecuencias concretas mediante la ayuda de procedimientos lógicos. Por el contrario, solo es posible captar las diversas formas posibles de correalización delictiva, mediante un método orientado a la descripción de los fenómenos reales de la vida, buscando penetrar en su estructura fundamental. Por lo tanto, no existe un concepto general y superior abstracto de las formas de participación, sino una fenomenología cuya totalidad integra el sistema de la teoría de la participación" (ROXIN).

III. Las formas de autoría

23 De acuerdo con esta concepción objetivo-material de la autoría, que defendemos, habría que analizar las formas de intervención criminal que fenomenológica y empíricamente se puedan presentar en la vida real y, al mismo tiempo, describir de forma específica en cada grupo de casos los efectos y contenido de la idea del dominio del hecho. De aquí podrán extraerse finalmente unos

principios generales para definir la autoría en los delitos más numerosos, es decir, el dominio del hecho como concepto general de autor en los delitos de dominio. Si se intenta penetrar en esta materia y desarrollar sobre estas bases el concepto de autor, es decir, una tipología de la autoría, hay que estudiar las tres formas de autoría reconocidas en el artículo 23 CPP y el contenido concreto del dominio del hecho en cada una de ellas: la autoría inmediata (dominio de la acción), la autoría mediata (dominio de la voluntad) y la coautoría (dominio funcional del hecho; que será analizada más detenidamente en el apartado siguiente).

1. La autoría inmediata

24 La autoría inmediata o individual es la forma de autoría que menos problemas plantea, por cuanto se trata de la persona que realiza la conducta típica por sí misma. El artículo 23 CPP se refiere en primer término a esta forma de autoría cuando castiga al "que realiza por sí (...) el hecho punible". Además, la autoría inmediata es la forma de autoría que se corresponde con la imagen de autor preestablecida por el legislador al describir las conductas típicas en los delitos de la Parte Especial ("el que ..."). Por tanto, la realización del tipo de propia mano y de forma inmediata es lo que caracteriza este tipo de autoría, en donde el dominio del hecho se determina por el criterio del "dominio de la acción", en cuanto que es la ejecución de la acción del tipo, es decir, la cualidad propia de la acción la que lo define. Por ejemplo, el sujeto que apuñala a la víctima a cambio de la recompensa prometida por el inductor; o el sujeto que toma con sus propias manos las joyas de la caja fuerte, cuya combinación le había sido facilitada días antes por su cómplice (primario); o el sujeto que golpea a la víctima con un palo que le entregó durante la reyerta su cómplice (secundario).

2. La autoría mediata

25 El autor mediato es quien (sujeto de atrás) realiza el hecho no de propia mano, sino a través de otra persona (sujeto de delante) que es instrumentalizada por la voluntad rectora y dirigente del primero. Se invierten aquí los papeles que por regla general corresponden a la realización material del delito, en donde el sujeto de delante es el autor y el de atrás el partícipe. Normalmente intervienen tres sujetos en la realización del hecho en autoría mediata (autor, instrumento y víctima), pero también es frecuente que el instrumento sea la propia víctima del delito. Este tipo de autoría se caracteriza por que la ejecución físico-corporal de la conducta típica no la lleva a cabo, al menos en

su totalidad, el autor mediato, sino el instrumento. Ello dificultó no solo su propio reconocimiento como una verdadera forma de autoría, sino también una explicación convincente desde la teoría objetivo-formal, siendo la autoría mediata el juez y verdugo de esta teoría tanto en Alemania como en España. Al tiempo que contribuyó de manera importante al auge que adquirió la teoría del dominio del hecho. Esta teoría se preocupó, sobre todo, de fundamentar materialmente y explicar en qué casos se da la estructura de esta forma de autoría, abundando en los motivos y modos en que un sujeto puede instrumentalizar a otro para sus fines delictivos.

26 La autoría mediata aparece reconocida expresamente como una forma de autoría en el artículo 23 CPP, cuando también castiga como autor al "que realiza (...) por medio de otro el hecho punible". Por ello, habría que acabar ya de una vez por todas con las dudas y reticencias sobre la existencia de la autoría mediata como una verdadera forma de autoría. Debería estar claro que el autor mediato no responde por lo que hace otro, sino por lo que él realiza a través de otro, es decir, por un injusto propio y no ajeno.

27 En este tipo de autoría lo determinante es el proceso de instrumentalización al que se ve sometido el sujeto de delante, fundamentado en diversos motivos, que convierte al sujeto de atrás en la figura central del suceso. El autor mediato tiene el dominio del hecho a través del dominio que ejerce sobre la conducta del instrumento. Ello sucede cuando crea o se aprovecha de las circunstancias que permiten tal instrumentalización, normalmente mediante el ejercicio de coacción sobre el instrumento o sometiéndolo directa o indirectamente a un error que provoca en el instrumento el inicio de la actividad delictiva.

28 La autoría mediata se determina por el criterio del "dominio de la voluntad", porque a diferencia de la autoría inmediata, donde "la realización de propia mano de la acción del tipo fundamenta la autoría, aquí se trata de la estructuración de los casos en que precisamente falta una 'acción' ejecutiva del hombre de atrás, y el dominio del hecho solo se puede fundamentar en el poder de la voluntad conductora" (ROXIN). Como es sabido, los grupos de casos de autoría mediata, es decir, las formas en que puede producirse la instrumentalización de una persona para que otro imponga su voluntad delictiva son fundamentalmente tres: puede suceder que el instrumento actúe de forma atípica, sin antijuricidad o sin responsabilidad personal.

29 a) Instrumentalización de otro que actúa de forma atípica, es decir, sin cumplir los elementos del tipo objetivo o del tipo subjetivo.

a'. Faltan los elementos del tipo objetivo cuando la conducta del instru- 30
mento no está tipificada, existiendo engaño o violencia por parte del sujeto de atrás, o bien este no reúne las condiciones personales especiales para ser autor idóneo del correspondiente delito –instrumento doloso no cualificado–.

La conducta del instrumento no está tipificada y es provocada por engaño, 31
por ejemplo, cuando el sujeto de atrás pone veneno en una taza de café y se la ofrece a la víctima, que toma con sus propias manos un café mortífero. El instrumento no realiza un comportamiento típico de homicidio, porque la causación de la propia muerte es atípica. Lo mismo sucede en los casos de empleo de violencia, por ejemplo, cuando se obliga a una persona a permanecer largo tiempo en agua helada, provocándose unas lesiones. Dicho comportamiento de la víctima es atípico porque las autolesiones son impunes.

El instrumento actúa de forma atípica también cuando no es autor idó- 32
neo, cuando no reúne la cualificación especial exigida por el tipo, por ejemplo, en el delito de infidelidad en la custodia de documentos, cuando la secretaria particular (*extraneus*) de un alto cargo destruye los documentos que le indica su jefe (*intraneus*). Este supuesto, de utilización de un instrumento doloso no cualificado por parte de un cualificado, presenta una gran complejidad, pues el dominio fáctico lo tiene el extraño y la cualificación, el sujeto que no domina el hecho, por lo que habría que declarar la impunidad de ambos sujetos: el de delante por no ser autor idóneo y el de atrás por participar en un hecho sin autor. En la doctrina se han ofrecido diversas soluciones a esta problemática a través del dominio del hecho, para afirmar la autoría mediata del sujeto cualificado, pero no parece que se dé su estructura cuando el sujeto de delante actúa libre, consciente y responsablemente. No hay que forzar la teoría del dominio del hecho en este supuesto problemático, pues, en realidad, no estamos en presencia de delitos de dominio, sino de infracción del deber (delitos especiales), en donde lo importante no es tanto el dominio del suceso como la infracción del deber del cualificado, que lo convierte en autor mediato.

Finalmente, no deben incluirse aquí los supuestos de ausencia de acción 33
en el instrumento, ya que cuando falte un comportamiento humano en el instrumento habría que afirmar la existencia de una autoría inmediata y no mediata. Así, sería autor inmediato y no mediato del delito de lesiones el que empuja a otro que está al borde de una piscina y causa lesiones a un bañista. El empleo de la fuerza irresistible del instrumento en nada se diferencia del lanzamiento de una piedra para alcanzar el fin delictivo, por ello, el que empuja es autor inmediato.

34 b'. Faltan los elementos del tipo subjetivo cuando el instrumento actúa sin dolo –su conducta se dirige a un fin distinto del sujeto de atrás– o bien carece de los elementos subjetivos del injusto exigidos por algún tipo –instrumento doloso sin intención–, siempre que ambos elementos del tipo subjetivo concurran en el sujeto de atrás. Por ejemplo, sería autor mediato, por falta de dolo en el instrumento, el médico que utiliza a una enfermera, ignorante del contenido de la jeringuilla, para que inyecte a un paciente una dosis mortal de veneno, o el que utiliza a un mensajero para que entregue un paquete bomba, ignorando su contenido.

35 Un caso académico bastante discutido en el que se afirma la falta de los elementos subjetivos del injusto en el instrumento es el caso del hurto de los gansos: el dueño de una granja le indica a su empleado que meta los gansos del vecino junto a los suyos en el corral. El sirviente, pese a conocer las circunstancias del hecho, no actúa para obtener provecho, como señala el artículo 185 CPP, o con ánimo de lucro, como exige el artículo 234 CPE, es decir, no tiene la intención de apropiación definitiva de las cosas. Pese a la complejidad de este supuesto de utilización de un instrumento doloso sin intención, no parece que pueda afirmarse la estructura de la autoría mediata, cuando el presunto instrumento actúa libre, consciente y responsablemente, sino que habría que considerar como partícipe (inductor) al sujeto de atrás, aunque ello dependerá del concepto de ánimo de lucro que se defienda.

36 b) Instrumentalización de otro que actúa sin antijuricidad, es decir, cuando el instrumento actúa amparado por una causa de justificación o de acuerdo con el derecho, pero es utilizado torticera y fraudulentamente por el sujeto de atrás. Por ejemplo, el caso de la estafa procesal, es decir, cuando una de las partes en un proceso hace valer documentos falsos en un juicio y con base en ellos el juez dicta una sentencia que perjudica a la otra parte. El juez, ignorando la falsedad, actúa de acuerdo con el derecho. Algo similar sucede, por ejemplo, cuando un policía detiene de buena fe a una persona que es denunciada falsamente, con apariencia de veracidad, por su enemigo. Aquí, el policía actúa justificadamente, en cumplimiento de un deber, pero es utilizado por el denunciante que sería autor mediato de detenciones ilegales; o cuando alguien induce a un enfermo mental para que mate a un tercero y este repele la agresión causando lesiones al inimputable. Aquí el causante de las lesiones actúa en legítima defensa, pero es el instrumento del instigador que sería autor mediato de las lesiones.

37 c) Instrumentalización de otro que actúa sin responsabilidad personal, es decir, cuando se crea o aprovecha la actividad de un inimputable, de una

persona que actúa con error de prohibición o bien en estado de necesidad disculpante o con miedo insuperable. En los dos últimos casos, la actividad de instrumento es provocada o aprovechada por el sujeto de atrás mediante error o coacción.

Se provoca la actividad de un inimputable, por ejemplo, cuando se intoxica 38
plenamente con droga a una persona para que, una vez desinhibido, abuse sexualmente de una menor. Un caso de error de prohibición se daría, por ejemplo, cuando se provoca en una persona temerosa y corta de ánimo un estado de legítima defensa putativa, que le hace disparar contra un tercero. Una situación de miedo insuperable se daría, por ejemplo, cuando el sujeto de atrás provoca el mal causante del miedo sobre el instrumento para que este lesione un bien jurídico ajeno como medio de conjurar el mal que le amenaza. Lo mismo sucedería en caso de estado de necesidad subjetivo, por ejemplo, cuando alguien prende fuego a una barca que solo posee un salvavidas, provocando un conflicto entre la vida de los dos tripulantes de la misma, en el que uno de ellos mata al otro para aferrarse al salvavidas.

IV. La coautoría

1. Estructura y definición

La coautoría es la realización conjunta de un hecho delictivo con base en 39
una decisión común. Aparece reconocida expresamente como una forma de autoría en el artículo 23 CPP, cuando también castiga como autores del hecho punible a "los que lo cometan conjuntamente". El problema más importante y complejo que se plantea en la teoría de la codelincuencia es el de delimitar la coautoría de la complicidad (primaria o secundaria). En este caso, cuando intervienen varias personas en el proceso delictivo, nos encontramos ante un ámbito demasiado abierto que no se puede abordar con presupuestos demasiados rígidos ni a través de grupos de casos, sino mediante la inclusión de principios regulativos que permitan una delimitación correcta en cada caso.

La estructura de la coautoría se basa en el principio de la división del 40
trabajo conforme a un plan común para la realización conjunta del hecho, es decir, en la acumulación de esfuerzos y correlación de contribuciones individuales que tomadas en sí complementan la total realización del tipo. Existe, por tanto, una interdependencia funcional de los distintos aportes al hecho, que permite afirmar la existencia de un hecho en común realizado y perteneciente al colectivo de personas como tal. Por ello, la coautoría se fundamenta en el principio de imputación recíproca y horizontal de esfuerzos y

contribuciones, y no en el principio de accesoriedad propio de la participación. En la coautoría cada sujeto necesita de los demás para la realización del hecho en la misma medida en que los demás necesitan de él. Por ello, para que exista una realización conjunta del hecho –y no una realización individual– el acto parcial de uno se imputa a los demás en la misma medida que los actos de estos se imputan a aquel, dado que la coautoría porta en sí su propio contenido de injusto que no lo deriva de un hecho ajeno: cada sujeto no es autor de su parte, sino del todo por la imputación recíproca de los distintos actos funcionales al hecho realizado conforme al plan global. Piénsese, por ejemplo, en el sujeto que intimida con un arma, mientras otro sustrae el dinero del banco; el que sujeta a la víctima mientras otro le asesta la puñalada mortal o tiene acceso carnal.

41 Desde la teoría del dominio del hecho, la coautoría se define por el criterio del dominio funcional del hecho, es decir, por un dominio condicionado por la actividad de cada sujeto, en la medida que el codominio de cada individuo resulta aquí necesario por su función en el marco del plan global. Con base en este criterio, mayoritariamente aceptado, se puede definir al coautor como "todo interviniente, cuya contribución en el estadio de ejecución constituye un presupuesto imprescindible para la realización del resultado perseguido, por tanto, aquel con cuyo comportamiento funcionalmente adecuado la empresa total existe o fracasa", siempre que concurran en él, además, las cualidades especiales para ser autor idóneo, así como los elementos subjetivos que pudieran establecerse en algún tipo delictivo. En caso de que faltara alguno de estos elementos, el sujeto no podría responder como (co)autor, sino como partícipe en un hecho ajeno.

2. Elementos típicos

42 De esta definición se derivan claramente los elementos objetivos y subjetivos necesarios para configurar el tipo de la coautoría.

2.1. Tipo objetivo: la ejecución conjunta del hecho

43 El aspecto objetivo o externo de la coautoría requiere la ejecución conjunta del hecho por varios sujetos, lo que exige que todos intervengan durante la fase de ejecución y que, además, realicen una aportación imprescindible para la realización del tipo penal.

44 a'. Un concepto restrictivo de coautoría solo ha de referirse a aquel segmento de los sucesos de actuación que supone ya la propia realización del tipo,

es decir, el hecho punible, conforme a las reglas de punición de la tentativa (Art. 16 CPP). Como coautor solo puede responder quien intervenga en la fase de ejecución del delito, desde el comienzo de la tentativa hasta la consumación del hecho, pero no el que intervenga solo en la fase preparatoria, como piensa un sector de la doctrina alemana. Y ello porque permanece en la zona marginal, no pudiendo ser considerado como la figura central del hecho típico y, sobre todo, porque en la fase preparatoria es materialmente imposible dominar el hecho, dado que falta aún el objeto de pertenencia con significado jurídico: en ese estadio todavía no hay hecho (punible) a dominar. En algún momento el preparador tendrá que soltar de sus manos el hecho y fiarse enteramente a partir de ese momento del otro, es decir, aquel ya no puede tomar la decisión relevante sobre el sí de la ejecución del hecho, sino que ha de ceder tal decisión a los que intervienen durante la ejecución. Por tanto, la tentativa constituye el límite mínimo para poder afirmar la coautoría como dominio funcional del hecho (punible), como se acepta mayoritariamente.

45 De este modo, por ejemplo, en el discutido caso del "jefe de la banda" de ladrones que solo proyecta el plan delictivo, sin realizar ningún otro tipo de actividad, mientras que sus compinches son los que dan el golpe, no puede ser coautor porque –conforme a lo dicho– su dominio sobre la preparación no le transmite el dominio sobre la realización del hecho, que queda en manos de los que intervienen en la ejecución. Este sujeto solo puede ser partícipe, ya sea inductor o normalmente cooperador necesario. Solo en el caso de que se reserve para sí alguna actividad esencial durante la ejecución del hecho puede ser considerado como coautor, incluso, aunque no estuviera presente en el lugar y momento exacto de la ejecución, dado que para ser coautor no es necesaria la presencia en el lugar del crimen. El jefe de la banda que no se reserva ningún acto ejecutivo –en sentido objetivo-formal– puede ser coautor si actualiza su función dirigente y organizativa en la fase de ejecución, por ejemplo, coordinando telefónicamente desde la central de control a los que realizan las acciones ejecutivas.

46 b'. Pero no basta con intervenir durante la ejecución para ser coautor, pues los cómplices también pueden actuar en esta fase, por lo que habrá que determinar el contenido objetivo-material de la contribución prestada para poder afirmar el dominio funcional del hecho. Como hemos señalado, y reconoce tanto la doctrina como la jurisprudencia, ha de tratarse de una contribución que sea presupuesto imprescindible para la realización del tipo, cuya no prestación conduce al desbaratamiento del plan global. Esta fórmula contiene dos elementos distintos que cumplen una función diversa: presupuesto

imprescindible y desbaratamiento del plan. El primero cumple la función primaria y positiva de determinar el contenido del dominio del hecho, mientras que el segundo cumple la función secundaria y negativa de confirmar la relevancia del aporte.

47 El dominio positivo lo tiene todo aquel que preste una contribución que sea presupuesto imprescindible para la realización conjunta del hecho, es decir, que cumpla una función independiente y esencial. De una parte, la contribución prestada en el marco del plan delictivo ha de tener una función autónoma, de tal forma que los intervinientes aparezcan como sujetos emancipados o equiparados mediante un comportamiento del mismo rango, puesto que en la coautoría existe igualdad de dominio, sin ningún tipo de subordinación objetiva ni subjetiva. Y, por otra parte, el dominio conjunto alcanza su verdadero sentido cuando, desde la perspectiva *ex ante* y de un modo objetivo, cada contribución ejerce una función esencial para la realización del hecho, teniendo hasta el último momento la decisión relevante y el poder de configuración sobre la realización del tipo penal, en la medida que existe una interdependencia funcional y necesidad de todos los aportes para lograr el éxito del plan. Cuando se da esta dependencia mutua y horizontal, todos se muestran como compañeros emancipados y necesarios en la realización conjunta del hecho, imputándose recíprocamente y no de forma accesoria los esfuerzos y contribuciones para completar la ejecución total del hecho propio.

48 Este elemento hay que entenderlo como un principio regulativo en los casos límite, que permita ofrecer una solución judicial adecuada conforme al principio guía ofrecido. Esto sucede, por ejemplo, en los casos de vigilancia en el robo, donde no es posible ofrecer una solución unánime para todas las hipótesis imaginables, sino que hay que realizar una consideración diferenciadora. El vigilante será coautor si la realización del hecho exigía tal puesto, es decir, si se trataba de una función independiente y esencial para dar el golpe. Por el contrario, el vigilante será cómplice cuando la banda de criminales lo lleva consigo para ir introduciéndole poco a poco en el ejercicio de la "profesión" y le hacen vigilar en un lugar sin importancia, pues, en tal caso, la realización del hecho no depende de su contribución.

49 El dominio negativo consiste en el poder de desbaratar o interrumpir la realización del hecho mediante la omisión de la contribución. Esta idea no es la esencial para determinar el dominio del hecho, sino que es un medio auxiliar para corroborar la relevancia objetivo-material de la contribución prestada (aspecto positivo), cuya retirada conlleva el desbaratamiento del plan (aspecto negativo). Pero, en realidad, todo dominio positivo conlleva el negativo, pero no a la inversa, como sucede, por ejemplo, con el poder de

interrupción que pueden tener los partícipes o terceras personas, alertando a la víctima o avisando a la policía.

En los casos de sujeción a la víctima, por ejemplo, en un homicidio o una violación, lo que determina el dominio funcional del hecho es la realización del acto positivo de sujetar a la víctima, mientras otro da la puñalada mortal o tiene acceso carnal, estando necesitado de la intervención de aquel para lograr el éxito del plan (dominio positivo). Si el primero no sujeta, se ponga como se ponga el otro, no hay forma de lograrlo: la retirada del aporte conduciría al fracaso del plan (dominio negativo). Igual sucede en el caso del jefe de la banda que, además de preparar el golpe, se reserva una intervención esencial en la fase ejecutiva, para tener el control del hecho y asegurar su éxito, por ejemplo, transmitiendo por teléfono la combinación de la caja fuerte, que solo él conoce, al compañero que se encuentra frente a ella, mientras otro intimida con un arma: el robo ya se está ejecutando, pero no es posible seguir adelante si el jefe no entrega el código secreto, si el segundo sujeto no abre la caja y toma el dinero y si el tercero no sigue intimidando con el arma. Todos estos actos positivos son necesarios para lograr el éxito del plan (dominio positivo), se ponga como se ponga el que tiene que sustraer el dinero, pues la retirada de alguno de ellos conduciría al fracaso, sancionable como tentativa (dominio negativo). Lo contrario supondría mantener una visión sesgada y atomizada del concepto de hecho punible. 50

Pero, a diferencia de los ejemplos anteriores, hay conductas de dominio negativo que no conllevan un dominio positivo, como, por ejemplo, si en cualquiera de los casos anteriores una tercera persona ajena al plan delictivo avisa a la policía o si el compañero que entregó el arma con la que intimida (cómplice), por despecho, alerta a la víctima o a la policía, interrumpiendo el plan, pero su aportación no configura positivamente el hecho. 51

2.2. Tipo subjetivo: la decisión conjunta al hecho

El aspecto subjetivo o interno de la coautoría exige la existencia de un acuerdo mutuo o decisión conjunta de realizar el hecho. Si la coautoría se estructura sobre la base del principio de división del trabajo, es claro que el acuerdo entre los sujetos es un elemento inmanente a la misma, puesto que cumple la importante misión de fijar la distribución de funciones entre los sujetos, determinando, por tanto, la participación de cada uno en el ejercicio del dominio funcional del hecho. Para que la imputación recíproca de las 52

contribuciones pueda tener lugar es preciso el mutuo acuerdo, que convierte en partes de un plan global unitario las distintas contribuciones. Es necesario, por tanto, tener conocimiento de que se va a ejecutar conjuntamente un plan delictivo con otros sujetos guiados por la misma finalidad delictiva, a los que no hay por qué conocer.

53 La decisión conjunta normalmente se adoptará con carácter previo a la ejecución del hecho, pero también puede tomarse durante la propia ejecución, desde la tentativa hasta la consumación. En este último caso surge la figura de la "coautoría sucesiva", que consiste en la adhesión a la comisión de un delito que ya ha comenzado a ejecutarse por otro(s). El principal problema que se plantea es el de determinar si el sujeto que interviene *a posteriori* debe responder por la totalidad del hecho o solo de la parte del hecho realizada a partir de su intervención. Si se trata de un hecho único, que no se puede fragmentar jurídicamente, se imputará en su globalidad siempre que pueda afirmarse el dominio funcional del hecho (ejecución y decisión conjunta del hecho). Por ejemplo, quien ve cómo un compañero intenta matar a otro y no lo consigue por la resistencia de la víctima, y se incorpora a la reyerta sujetando fuertemente a la víctima para que su compañero le de la puñalada mortal. Si, por el contrario, el hecho se puede fragmentar jurídicamente, por tratarse de un delito de varios actos o un tipo agravado, y la intervención *a posteriori* puede integrar una unidad de acción con significado jurídico independiente, el que se adhiere a la ejecución debe responder solo por el hecho parcial. Por ejemplo, quien interviene después de la fractura de la puerta de un kiosco y sustracción de parte de las mercancías, cometida por un compañero, para sustraer el resto del botín tras la petición de ayuda del primer autor, solo responderá por hurto y no por robo con fuerza en las cosas, pues la fractura se produjo antes de su intervención.

54 El acuerdo de voluntades también opera como límite subjetivo de la coautoría en los casos de exceso e, incluso, de error de un coautor. El exceso se produce cuando un coautor a título personal va más allá de lo acordado, cometiendo un hecho distinto o más grave. Dicho exceso no se imputa a los demás coautores si no era conocido o cognoscible, al estar al margen de lo acordado. Habría exceso, por ejemplo, cuando dos coautores acordaron dar un escarmiento a la víctima, sin empleo de armas, pero uno de ellos hizo uso de una pistola para matar a la víctima que solo debía sufrir lesiones.

55 Por otra parte, el error irrelevante en el objeto o en la persona de un coautor, en principio, tampoco beneficia a los demás. Pero si el error recae sobre objetos o la persona de un coautor, incluso sobre el propio sujeto que

se equivoca, habría que tratarlo como un supuesto de exceso no imputable a los demás. Así, el error sería irrelevante, por ejemplo, cuando dos coautores acuerdan sustraer un cuadro de Dalí, pero uno de ellos se equivoca y sustrae un Picasso. Por el contrario, el error habría que tratarlo como un exceso, por ejemplo, cuando un coautor dispara contra otro al confundirlo con un policía. En este caso el coautor lesionado no puede ser castigado por tentativa de su propia muerte, como si de un error irrelevante se tratara, ya que no estaba acordado el disparo sobre un compañero en caso de problemas en la huida, sino solo sobre los perseguidores.

Finalmente, cuando varias personas actúan de forma paralela en la rea- 56
lización de un delito, pero independientemente entre sí, es decir, sin que se hayan puesto de acuerdo para cometer el delito conjuntamente, en tal caso se habla de autoría accesoria. Esta figura, que carece de un valor propio, no es una forma de coautoría, al faltar una división del trabajo mutuamente acordada, por lo que cada uno de los intervinientes responde individualmente de su propia actuación.

2.3. Delimitación de la complicidad (primaria)

El Código Penal peruano, al igual que el Código Penal español, también 57
distingue dos formas de complicidad: a) la cooperación primaria o necesaria, castigada con la misma pena que el autor y definida en el artículo 25,1, cuando se refiere al "que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado"; y b) la complicidad secundaria o simple que se castiga con una disminución prudencial de la pena y se define negativamente en el artículo 25,2 CPP, cuando se refiere "a los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia". El artículo 25 CPP, al establecer la distinción entre estas dos formas de complicidad, se hace acreedor de las mismas críticas que el artículo 28.2,b) CPE, que ha mantenido la figura del cooperador necesario. Dicha figura se plasmó por primera vez en el CPE de 1848, inspirándose en la ancestral teoría de la causa necesaria (cómplice principal), defendida por los juristas italianos de la Baja Edad Media, y que hoy día ya no tiene parangón en ningún Código Penal europeo. Por ello, he venido propugnando su desaparición y la refundición de las dos formas actuales de complicidad en una sola categoría, fundamentalmente, para evitar la enorme complejidad que plantea su distinción (PÉREZ ALONSO).

La cooperación primaria o necesaria es una figura de participación inter- 58
media que está a mitad de camino entre la coautoría y la complicidad secundaria o simple, por lo que plantea una doble problemática. La primera consiste

en fijar su límite máximo, mediante la delimitación entre la coautoría y la complicidad (primaria o no), y la segunda consiste en fijar su límite mínimo, diferenciándola de la complicidad secundaria. En este momento solo nos ocuparemos de hacer una breve referencia a la primera cuestión planteada, por ser la que está más directamente vinculada a la coautoría, y no a la segunda cuestión que será abordada en el comentario a la complicidad.

59 La complicidad (primaria o no) se puede definir positivamente, por referencia a los propios elementos que la configuran y no por exclusión del autor. Desde este punto de vista positivo, se puede definir genéricamente, como toda conducta con peligrosidad objetiva *ex ante* para el bien jurídico, consistente en la cooperación con actos físicos o psíquicos anteriores o simultáneos que contribuyen y favorecen causalmente la ejecución del hecho, incrementando el riesgo de lesión del bien jurídico por parte del autor, que también está protegido frente al cómplice. Ha de tratarse, por tanto, de una conducta con capacidad objetiva para hacer posible, facilitar, intensificar o asegurar la realización del hecho ajeno, de modo que ella misma supone un ataque accesorio, a través del autor, del bien jurídico protegido.

60 Pero, el cómplice también puede ser definido de forma negativa, es decir, por exclusión del concepto de coautor que ya hemos ofrecido. Desde este punto de vista, conviene recordar, muy esquemáticamente, que coautor sería todo aquel que interviene en división de trabajo durante la fase de ejecución del hecho punible, prestando una contribución objetivo-materialmente relevante por desempeñar una función independiente y esencial, desde la perspectiva *ex ante* del espectador objetivo, que configura plenamente el sí y el cómo de la realización del hecho, en el marco del plan delictivo global acordado, concurriendo además las cualidades personales, especiales y subjetivas exigidas en el correspondiente tipo penal para ser autor idóneo. De donde podemos deducir, por tanto, que todo aquel interviniente que no reúna todos estos requisitos y características no podrá ser coautor, sino cómplice (primario o no).

61 La diferencia principal entre la coautoría y la complicidad primaria se encuentra en el factor temporal de la intervención, es decir, en el momento de la participación. Por regla general, el cómplice primario interviene en la fase preparatoria del hecho, estableciendo las condiciones que hacen posible su ejecución, mientras que el coautor interviene en la fase ejecutiva, como hemos señalado. Así, por ejemplo, el discutido caso del "jefe de la banda" o el técnico en explosivos, si solo intervienen en la fase preparatoria, proyectando el golpe o construyendo el artefacto, en tal caso, serían cómplices primarios porque carecen del dominio funcional del hecho; si, por el contrario, intervienen

en la fase de ejecución realizando una función esencial para la consecución del plan, en tal caso, serían coautores por detentar tal dominio.

Pese a que la fase preparatoria es la propia del cómplice principal y la fase ejecutiva la del coautor, sin embargo, hay dos situaciones concretas en las que el cómplice primario puede intervenir también en la fase ejecutiva sin llegar a ser en coautor. Dichas excepciones vienen fundadas en motivos subjetivos o personales de los intervinientes. 62

La primera situación sería aquella en la que falta el tipo subjetivo de la coautoría. Esta situación se puede producir por dos motivos distintos: a) por falta de acuerdo mutuo con los demás intervinientes, pues dicho acuerdo, como es sabido, es el componente subjetivo inmanente en la coautoría. Nos referimos, por tanto, a los casos en que el sujeto actúe de forma unilateral, sin acuerdo con los demás; y b) por falta de los elementos subjetivos de lo injusto que se puedan requerir por el tipo penal en cuestión para fundamentar dicha infracción penal. 63

La segunda situación sería aquella en la que el sujeto no reúna los elementos personales o especiales exigidos en el correspondiente tipo para ser autor idóneo. 64

Conviene insistir en que el cómplice primario interviene generalmente en la fase preparatoria, por ejemplo, el sujeto que prepara el coche bomba para que otro compañero lo haga explotar; o el empleado de banco que entrega a otro el código de la caja fuerte para que pueda robar días después. Pero, excepcionalmente, también puede intervenir durante la ejecución, por ejemplo, el empleado de banco que pone en un lugar visible el número secreto de la caja fuerte, para que el atracador pueda abrirla fácilmente, sin acuerdo entre ellos, ni obtener ningún tipo de beneficio, sino que actúa por venganza ante el miserable sueldo que le pagan; el arquitecto de un estudio privado que elabora un proyecto urbanístico 'a medida' de las necesidades del concejal de urbanismo de un ayuntamiento, para cambiarlo por el proyecto original, que está en fase de tramitación, a fin de conseguir la recalificación de unos terrenos propiedad de ambos sujetos; el secretario particular del administrador de una sociedad que altera su contabilidad, con el visto bueno y firma del administrador, para obtener un beneficio mutuo que causa un perjuicio patrimonial a la sociedad. 65

En definitiva, las diferencias esenciales entre la coautoría y la cooperación primaria o necesaria las podríamos esquematizar de la siguiente forma: 66

I. Intervención esencial en fase preparatoria: *cómplice primario* (Art. 25,1 CCP) 67

68 II. Intervención esencial en fase ejecutiva: *coautor* (Art. 23 CPP), salvo que:

69 A. No concurra el tipo subjetivo de la coautoría, es decir:

70 a) sin acuerdo mutuo entre los sujetos o

71 b) sin concurrir los elementos subjetivos del injusto

72 B. No sea autor idóneo, es decir, sin reunir las cualidades especiales o personales exigidas por el tipo correspondiente.

73 En todos estos casos se excepciona la coautoría y, por tanto, el sujeto, pese a actuar durante la fase ejecutiva de forma esencial para la realización del hecho, será *cómplice primario*.

V. Bibliografía

74 Alcácer Guirao, Rafael, *Tentativa y formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica*. Edisofer, Madrid, 2001; Bacigalupo Zapater, Enrique, *Principios de Derecho penal. Parte general*. 5ª edición. Akal, Madrid, 1998; Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio / Arroyo Zapatero, Luis Alberto / García Rivas, Nicolás / Ferré Olivé, Juan Carlos / Serrano-Piedecasas Fernández, José Ramón, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*. Praxis, Barcelona, 1999; Boldova Pasamar, Miguel Ángel, *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*. Civitas, Madrid, 1995; Bolea Bardón, Carolina, *Autoría mediata en Derecho penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; Bolea Bardón, Carolina, *La cooperación necesaria: análisis dogmático y jurisprudencial*. Atelier, Barcelona, 2004; Cerezo Mir, José, "La polémica en torno al concepto finalista de autor en la ciencia del Derecho penal española". En: *Problemas fundamentales del Derecho penal*. Civitas, Madrid, 1982; Cuello Contreras, Joaquín, *El Derecho penal español. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*. 3ª edición. Dykinson, Madrid, 2002; Díaz y García Conlledo, Miguel, "¿Es necesaria la cooperación necesaria?". En: *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*. Tecnos, Madrid, 2002; Díaz y García Conlledo, Miguel, *La autoría en Derecho penal*. PPU, Barcelona, 1991; Díez Ripollés, José Luis, "Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código Penal". En: *Revista de Derecho penal y Criminología* Nº 1, Madrid, 1998; Gimbernat Ordeig, Enrique, *Autor y cómplice en Derecho penal*. Sección de Publicaciones e Intercambio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, Madrid, 1966; Gómez Tomillo, Manuel, "Sobre la denominada coautoría sucesiva en los delitos dolosos. Tratamiento jurídico-penal de la complicidad sucesiva". En: *Revista de Derecho penal y Criminología* Nº 10, Madrid, 2002; González Rus, Juan, "Autoría única inmediata, autoría mediata y coautoría". En: *Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder*

Judicial, Madrid, 1995; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María, *La responsabilidad penal del coautor.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2001; HERNÁNDEZ PLASENCIA, José, *La autoría mediata en Derecho penal.* Comares, Granada, 1996; JAÉN VALLEJO, José, "La autoría y la participación en el Código Penal de 1995". En: *Revista de Ciencias Jurídicas* Nº 2, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 1997; JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación.* 2ª edición. Marcial Pons, Madrid, 1997; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Autoría y participación.* Akal, Madrid, 1996; LÓPEZ PEREGRÍN, María Carmen, *La complicidad en el delito.* Tirant lo Blanch, Valencia, 1997; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena, "La atenuación de la pena al partícipe no cualificado en delitos especiales (Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1994 y 24 de junio de 1994)". En: *Actualidad Penal* Nº 2, 1996; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general.* 7ª edición. Reppertor, Barcelona, 2004; MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general.* 6ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, "La autoría conforme al Código Penal". En: *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz.* Aranzadi, Pamplona, 2001; PEÑARANDA RAMOS, Enrique, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad.* Dykinson, Madrid, 1990; PEÑARANDA RAMOS, Enrique, *Concurso de leyes, error y participación en el delito. Un estudio crítico sobre el principio de la unidad del título de imputación.* Civitas, Madrid, 1991; PÉREZ ALONSO, Esteban, *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho penal.* Comares, Granada, 1998; PÉREZ ALONSO, Esteban, "Täterschaft und Teilnahme im Spanischen Strafgesetzbuch von 1995 und in der nuesten Strafrechtsreform". En: *ZStW,* 117, 2. Berlin, 2005; PÉREZ ALONSO, Esteban, *Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes "indeterminadas" en los delitos contra la propiedad y el patrimonio.* Edersa, Madrid, 1995; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Los delitos especiales y la teoría de la participación en Derecho penal.* Cymys, Barcelona, 1974; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte general del Derecho penal.* Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2005; ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal.* Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000; ROXIN, Claus, "Sobre la autoría y participación en Derecho penal". En: *Problemas actuales de las ciencias penales y de la Filosofía del Derecho. Libro Homenaje al Prof. Luis Jiménez de Asúa.* Pannedille, Buenos Aries, 1970; ROXIN, Claus, *Was ist Beihilfe?* Fest. für K. Miyazawa. Baden-Baden, 1995; ROXIN, Claus, "Zum Strafgrund der Teilnahme". En Fest, Für W., Stree und J., Wessels zum 70. Geburtstag, Heidelberg, 1993; RUIZ ANTÓN, Luis, "El fundamento material de la pena en la participación". En: *Cuadernos de Política Criminal* Nº 11, 1980; VIVES ANTÓN, Tomás, *Libertad de prensa y responsabilidad criminal (La regulación de la autoría en los delitos cometidos por medio de la imprenta).* Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1977; ZUGALDÍA ESPINAR, José / PÉREZ ALONSO, Esteban y otros, *Derecho penal. Parte general.* 2ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

§ 24
Instigación

María del Carmen Gómez Rivero
Universidad de Sevilla
(España)

Sumario

	Nm	P
I. El fundamento del castigo de la inducción	1	347
II. La tipicidad objetiva de la inducción	11	351
1. El caso de los inimputables	43	359
2. Incitaciones a menores de edad penal	49	361
3. Creación o aprovechamiento de un error	53	363
3.1. La creación o el aprovechamiento de un error de tipo en el autor	54	363
3.2. La creación o el aprovechamiento de un error de prohibición en el autor	58	364
3.3. El tratamiento de los casos de creación o aprovechamiento por parte del hombre de atrás de un error sobre el sentido de la acción de quien actúa	63	365
4. El empleo de amenazas o coacciones como forma de hacer surgir una resolución delictiva	67	367
III. El tipo subjetivo de la inducción	75	369
IV. Bibliografía	107	377

§ 24.- Instigación

"El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor".

I. El fundamento del castigo de la inducción

Conforme al criterio generalmente aceptado del dominio del hecho, la 1
inducción se considera como una forma de participación en el delito, en cuanto a que dicho dominio no recae sobre el inductor, sino sobre el inducido, que es quien decide en última instancia la ejecución del delito. Con todo, pese a que en la actualidad es prácticamente unánime la comprensión del inductor como partícipe, no siempre se ha considerado como tal. En efecto, en su origen histórico, la inducción fue entendida como una forma de autoría intelectual o moral. Así, Feuerbach se refería a la misma como parte de una categoría más amplia, la *Urheberschaft*, comprensiva de todas las formas de intervención en el delito merecedoras de la pena establecida para el autor[1]. Así caracterizada,

(1) Feuerbach, P., *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts.*

como autoría intelectual, se mantendría hasta la segunda mitad del siglo XIX, cuando la sistemática alemana contrapuso la inducción y la complicidad, como formas de participación, a la autoría.

2 Sin embargo, pese a la comprensión de la inducción como forma de participación al delito, la mayoría de los Código penales, y entre ellos el peruano, equiparan en pena esta conducta con la autoría, lo que obliga a indagar el fundamento de esta figura delictiva y las razones que llevan al legislador a tal opción valorativa. Ciertamente una primera explicación podría apuntar al hecho de que el inductor es el agente causal de la resolución delictiva en estrictos términos naturalistas de causa a efecto y, con ello, de la comisión del delito. Este aspecto, sin embargo, no podría fundamentar por sí solo el desvalor de acción de la inducción, en cuanto que llevaría a extender demasiado su concepto. Así, por ejemplo, la mera comprobación, por un lado, de que un sujeto comentó a otro que si se encontrara en la situación de dificultad económica que este está atravesando cometería un atraco y, por otro, que pocos días más tarde dicho individuo a quien se hizo el comentario efectivamente atracó un establecimiento, sería todavía un criterio demasiado laxo para sustentar un juicio de responsabilidad penal. De la misma forma que hace tiempo que la estricta comprobación de la relación causal dejó de ser decisiva a la hora de atribuir un resultado lesivo a una acción, también debe valorarse como insuficiente para servir de base a un juicio de responsabilidad penal como inductor del sujeto que *causalmente* pudiera contemplarse como desencadenante de la resolución delictiva. Por ello, al igual que sucede con tantos otros ámbitos en Derecho penal, las pautas que permitan fundamentar el reproche de responsabilidad penal al incitador deben encontrarse en criterios normativos; en concreto, en la noción de *riesgo* en Derecho penal[2].

3 Como es sabido, si bien la formulación de estos criterios se vinculó en su origen al ámbito de los delitos imprudentes, posteriormente se extendió también a la estructura de los delitos dolosos[3], alcanzando, dentro de ellos, a

(2) Sobre este fundamento de la inducción, Gómez Rivero, M., *La inducción a cometer el delito*. Sobre las distintas concepciones en clave naturalista o normativa de delimitar la autoría y participación, véase Guanarteme Sánchez Lázaro, F., "¿Qué es la autoría?". En: *Revista Penal* N° 20, p. 167 ss.

(3) En este sentido, véase, por ejemplo, a Frisch, quien sostiene que el riesgo que fundamenta un comportamiento doloso debe contener, por un lado, un juicio de peligrosidad en términos de probabilidad de producción del resultado teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto reconocibles *ex ante* por el sujeto agente; de otro, que se trate de un riesgo normativamente relevante, en cuanto no tolerado, acudiendo para ello a criterios de ponderación de intereses en función del concreto bien jurídico puesto en peligro y de necesidad de evitación en el caso concreto de la acción que representa la puesta en peligro, en Frisch, W., *Vorsatz und Risiko*, p. 132 ss.

las formas de participación delictiva. Entre los autores que han aplicado esta noción a la figura de la incitación al delito, debe destacarse en la doctrina alemana a HERZBERG[4]. La proyección de tales criterios de peligrosidad a la figura de la inducción está presente en la construcción teórica de este autor cuando sostiene que los requisitos de concreción del hecho se desvinculan por completo del problema de la afirmación y, en su caso, del alcance del dolo del inductor, para implicarse en una dinámica previa y distinta: la de permitir la imputación del hecho en sede de tipicidad objetiva a partir de los criterios de peligrosidad. La aportación del autor se centra de este modo en la aplicación a la teoría de la participación del criterio normativo del incremento del riesgo como corrector restrictivo de los resultados que arrojaría la simple constatación de la posibilidad de subsunción típica del hecho en cualquiera de las formas de participación[5].

Conforme al planteamiento anterior, puede decirse que solo cuando la 4
conducta del inductor, debido a la intensidad o a las circunstancias en que se produce la incitación, alcance un determinado grado de peligrosidad para incidir en la motivación del autor y vencer las inhibiciones que para él pudiera representar la comisión del delito, podrá fundamentarse el desvalor de acción de la inducción.

Este juicio sobre la peligrosidad de la incitación, en cuanto previo al de 5
imputación objetiva, adopta una perspectiva *ex ante,* formulándose como un juicio de permisibilidad en el que tienen cabida los especiales conocimientos del inductor y cuya relevancia penal, al igual que sucede en otros ámbitos penales, requerirá la formulación de un juicio axiológico sobre su tolerancia normativa.

Ciertamente, la formulación de dicho juicio en relación con la incitación 6
va a estar condicionada por específicas dificultades, al recaer sobre algo tan difícil de mensurar como la capacidad de motivación del destinatario. ¿Cómo afirmar, en efecto, con un mínimo grado de certeza que la incitación formulada por el inductor tenía una peligrosidad *ex ante* que superaba los límites del riesgo permitido y que resiste, por ello, un juicio de pronóstico en torno a la posibilidad de que el inducido adopte y ejecute la resolución delictiva? Ofrecer

(4) Entre los autores que ya en nuestro Derecho manejan los criterios normativos de imputación en relación con otras formas de participación –en concreto, la complicidad– puede citarse a LÓPEZ PEREGRÍN, M., *La complicidad en el delito.*

(5) Véase mi traducción y nota previa al artículo HERZBERG, R., "La inducción a un hecho principal indeterminado" (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo Federal de la República Federal Alemana [*BGH*] de 21/04/1986. En: *NJW* 1986, 2270, y en *NStZ* 1986, 407). En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales* T. 48, pp. 553-571.

una respuesta general a esta interrogante no es una tarea sencilla, puesto que la prueba de dicha peligrosidad resulta extraordinariamente compleja cuando se trata de emitir un juicio acerca de la incidencia de una acción en la psique humana. Con todo, lo anterior no impide enunciar con carácter general una serie de criterios que sirvan como pautas para decidir en el caso concreto si la incitación alcanza el grado de peligrosidad que fundamenta el desvalor de acción de esta figura delictiva. En esta tarea habrá de fijarse una serie de requisitos o presupuestos cuya concurrencia permita afirmar que dotan con carácter general de peligrosidad a la incitación. Para concretar cuándo eso suceda, habrá de distinguirse, atendiendo al origen, los casos en que el riesgo provenga de extremos que doten objetivamente de viabilidad al plan, haciendo especialmente atractiva su puesta en práctica, y aquellos otros en que la peligrosidad tenga su origen en la especial incidencia del inductor en la apreciación subjetiva de las ventajas por parte del autor.

7 Al primer grupo de supuestos pertenecen tanto los casos en que la incitación se acompaña de la presentación de un plan concretado en sus particularidades que lo hace aparecer como una oportunidad, como aquellos otros en que el inductor, aun remitiéndose a un plan preconcebido por el autor, realiza una contribución especialmente peligrosa de cara a motivar a este a su ejecución. Basta pensar, por ejemplo, en el caso en que no se decidiera a cometer un asesinato por no contar con medios de ejecución seguros a su alcance, siendo así que el inductor venciera sus inhibiciones al hacerle entrega de un arma bastante precisa, o incluso en los supuestos en que el sujeto descartara cometer un atraco por las inseguridades que le despertase el éxito de la ejecución, siendo de nuevo el incitador quien le convenciera al proporcionarle una determinada información sobre los sistemas de alarma(6).

8 Al segundo grupo pertenecen los casos en que el inductor actúa, bien incidiendo en la apreciación subjetiva de las posibilidades de éxito de la realización del plan, bien eliminando con especial intensidad sus inhibiciones subjetivas. Basta pensar en el ofrecimiento de una recompensa o la formulación de una promesa.

(6) Conviene advertir que estos casos son distintos de los que trataremos más adelante bajo la denominación del *omnimodo facturus*. A diferencia de los que ahora tratamos, estos se caracterizan porque el sujeto está desde el principio decidido a ejecutar el delito, de modo que solo hace depender de un hecho externo la **puesta en práctica** de su voluntad ya formada. Por el contrario, en los que ahora tratamos, la contribución del tercero no se limita a **cooperar** en la ejecución de la voluntad previa del autor, sino que es precisamente su colaboración la que hace nacer la resolución delictiva.

En cualquiera de estos casos, el juicio sobre la peligrosidad de la incitación requerirá tener en cuenta los especiales conocimientos del inductor, sobre todo en relación con la personalidad del autor. En efecto, el conocimiento de determinadas peculiaridades de la personalidad del inducido, como sus debilidades de carácter, sus especiales inclinaciones a delinquir e incluso sus condicionamientos previos, pueden actuar convirtiendo en riesgos penalmente relevantes incitaciones que en otro caso no superarían los límites mínimos de peligrosidad. Así, por ejemplo, mientras probablemente para nadie en su sano juicio sería una incitación relevante la formulación de una propuesta hecha al marido para dar un escarmiento a un compañero de trabajo de la mujer y así "vengarse" de una posible relación mantenida por ambos, esa sugerencia puede ser determinante para quien padece una celotipia y desde hace tiempo vive con una angustia obsesiva la posibilidad de una infidelidad de su pareja. Por lo mismo, la invitación para sustraer unas monedas de un cepillo de la iglesia tendrá distinta eficacia dependiendo de que se trate de una persona creyente o no, de que tenga satisfechas sus necesidades económicas, de que viva en la indigencia, etc. 9

A partir de este fundamento, analizaremos por separado la tipicidad objetiva y subjetiva de la inducción. 10

II. La tipicidad objetiva de la inducción

Como primer elemento de la tipicidad objetiva de la inducción debe hacerse referencia a los *sujetos*: el inductor y el inducido, o autor en sentido estricto. Por lo que al primero se refiere, si bien lo normal será su actuación en solitario, es posible tanto que se sirva de otra persona que actuaría como instrumento, hablándose entonces de *inducción mediata*, como que la acción de inducir sea obra de varios sujetos que se dirigen a hacer surgir una misma resolución delictiva en un mismo destinatario(s), lo que nos situaría ante una forma de *coinducción*. En todo caso, la admisibilidad de esta última posibilidad se condiciona a que todos los intervinientes inciten, esto es, que se trate de una *coinducción directa*, ya sea simultánea o sucesiva, siendo imposible apreciar la *coinducción parcial*, referida al acto mismo de incitar, puesto que el interviniente cuya contribución no consista en incitar podría calificarse, en su caso, como *cómplice* o *cooperador necesario*, pero nunca como inductor al no realizar la acción típica de esta figura. 11

Los casos en que el inductor se reserve una contribución adicional al delito, ya sea a título de autor, cómplice o cooperador necesario, habrán de resolverse conforme a las reglas del concurso de leyes. 12

13 En lo que se refiere al autor o inducido, su cualidad va a resultar crucial para diferenciar la inducción de la autoría mediata. Basta pensar que si la inducción, como forma de participación, consiste en hacer surgir una resolución delictiva en quien sigue conservando el dominio del hecho, presupuesto para su apreciación será que el destinatario tenga la capacidad suficiente para comprender y querer el comportamiento que se le propone, ya que de lo contrario el dominio del hecho correspondería al hombre de atrás, que actuaría entonces como autor mediato.

14 El criterio para decidir cuándo estemos ante uno u otro supuesto no puede ser atendido a si el autor incurre o no en responsabilidad: mientras que este juicio está presidido por razones preventivas y de política criminal, la calificación del hombre de atrás como inductor o autor mediato atiende al modo en que esa deficiencia afecte a la relación entre autor e instigador. Por ello, el criterio para distinguir entre uno y otro caso será valorar la concreta incidencia de esa anomalía en el autor, de tal modo que solo cuando le impida comprender el injusto de su acción podrá considerarse instrumento. Por el contrario, cuando esa anomalía afecte en exclusiva a su capacidad de motivación, fundamento de la categoría de la culpabilidad, deberá apreciarse la inducción, puesto que el hombre de atrás no actuaría entonces dominando la voluntad del autor, sino dejando que la misma se forme libremente aun cuando esté condicionada por una distorsión valorativa.

15 Por razones relacionadas con el fundamento de la inducción, debe excluirse la llamada *inducción en cadena.* Bajo esta denominación se conocen los supuestos en que el destinatario de la incitación delega el ofrecimiento a un tercero que a su vez debe ponerse en contacto e incitar a quien será el autor del delito. Si bien ninguna dificultad ofrece la calificación como autor o inducido de quien finalmente realiza la conducta típica, se plantea la calificación que deba recibir el primer incitador, así como los otros incitadores intermedios que no entran en contacto con el autor ejecutivo. De hecho, las posibilidades de su tratamiento comprenden desde su calificación como inductor a la realización del hecho principal hasta su consideración como conducta impune, pasando por su calificación como inductor a una nueva inducción o incluso como simple favorecedor del hecho principal.

16 La caracterización de la inducción conforme a la noción de riesgo determina que en estos casos deba descartarse la posibilidad de apreciar dicha forma de participación. En efecto, si el fundamento del desvalor de acción de la inducción es la peligrosidad que representa la conducta del inductor de cara a que el destinatario adopte y ejecute la resolución delictiva, esa peligrosidad sería más

que dudosa cuando se interponen varios eslabones cuya superación depende sucesivamente de la voluntad de cada miembro de continuar la cadena, de tal modo que si bien cada inductor aumenta el riesgo de que el siguiente instigador realice un comportamiento que, a su vez, pueda suponer un incremento del riesgo para la adopción de la resolución por el autor, no podría decirse lo mismo respecto al resultado final, por el que, por tanto, no puede hacerse responder al incitador como si de un autor se tratase.

Dejando a un lado los supuestos en que el legislador ha resuelto expresa- 17
mente la cuestión en específicos tipos de la Parte Especial[7], el tratamiento de estos casos requerirá distinguir según que el dolo del primer inductor comprendiese o no la ejecución del delito por parte del destinatario. De ser ese el caso, esto es, cuando fuera el incitado quien autónomamente decidiera inducir a su vez a otro sujeto, habrá de apreciarse una forma de participación intentada. Así lleva a entenderlo el hecho de que si bien el dolo del incitador se dirigía a que el destinatario adoptase y ejecutase la resolución delictiva, no se habría producido el desvalor del resultado que el legislador eleva a momento típico de la inducción (el principio de ejecución del delito por parte del inducido). Más allá incluso de esta calificación, su responsabilidad podría discurrir bajo los esquemas de una forma de cooperación necesaria dolosa allí donde pudiera apreciarse, al menos, una actitud de indiferencia acerca de la posibilidad de que el destinatario de su incitación a su vez indujera a otro sujeto.

Por su parte, en los supuestos en que el requerimiento del incitador se refi- 18
riese desde el principio a que el destinatario se convirtiese a su vez en inductor de un tercero, procedería apreciar una forma de cooperación necesaria o, en su caso, de complicidad. En estos casos habrá de descartarse la posibilidad de calificar a ese incitador como inductor; no solo por la falta de la tipicidad objetiva, sino también debido a la ausencia del tipo subjetivo de la inducción, que requiere que el dolo del inductor comprenda el nacimiento y ejecución por el destinatario de la resolución delictiva. Imaginemos el ejemplo en que "A" incite a "B" para que el cajero del banco con quien este guarda una estrecha amistad le facilite las claves de la caja fuerte. Si bien la conducta del primer incitador no se dirige a incitar directamente al destinatario para que sea este

(7) Es lo que sucede, por ejemplo, en relación con el delito de tráfico de influencias en la modalidad que contempla el art. 400 del CP peruano: "El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años".

quien ejecute el delito, no puede ignorarse que realiza una contribución esencial para que finalmente se realice; esto es, su conducta tiende mediatamente a posibilitar su puesta en práctica al contribuir para que se produzca una condición (la inducción de B) que, de tener éxito, se convierte en desencadenante de la realización del hecho principal. Nos encontraríamos, en definitiva, ante un supuesto de *cooperación necesaria* a la realización del hecho principal.

19 Problemas específicos plantean la calificación del inductor cuando incita a la ejecución de un *delito especial*, respecto al que él o el autor no cumplen la cualidad personal requerida por el tipo en cuestión. Partiendo de que el fundamento del castigo de la participación es que el partícipe realiza un ataque accesorio al bien jurídico que lesiona el autor, la calificación del autor estará en función de la valoración que merece el hecho que comete el autor conforme al principio de *unidad del título de imputación.*

20 Debe observarse que si bien en los *delitos especiales impropios* este modo de proceder repercute en la determinación del concreto tipo delictivo por el que responda el partícipe y, consiguientemente, en la gravedad de su pena, sus consecuencias van a ser mucho más drásticas en los delitos *especiales propios*. En ellos, cuando sea el autor quien no reúna las cualidades exigidas en el tipo, la intervención del partícipe *extraneus* habrá de quedar impune.

21 Por lo que se refiere a la *acción típica* de la inducción, la conducta del inductor consiste en una actividad de persuasión, de estímulo de las tendencias al delito del autor y de eliminación de los obstáculos que impiden su ejecución. Con todo, conforme al fundamento de la inducción antes expuesto, esa conducta solo alcanzará el desvalor de acción de la inducción cuando contenga, desde una contemplación *ex ante,* un determinado grado de peligrosidad para motivar al autor y determinar lo que se conoce como *doble resultado de la inducción*, que se plasma en la adopción por el autor de una resolución delictiva y la producción de, al menos, un principio de ejecución.

22 Ello nos obliga a ocuparnos de los medios o formas de inducir que, en concreto, configuran su desvalor de acción. La dificultad se plantea por la necesidad de respetar los rasgos de esta figura delictiva, que en sus límites mínimos es limítrofe con la complicidad e incluso con la más absoluta impunidad; y que en sus límites máximos plantea la delimitación de sus contornos respecto a la autoría mediata.

23 Entre las formas de colaborar a la realización del delito que se presentan como límites con la complicidad, e incluso con las conductas que no deban considerarse punibles, se sitúan los supuestos de simple indicación, recomendación

o formulación de un consejo para delinquir, así como los casos en que la incitación tenga lugar de un modo implícito, como pueda ser mediante algún comentario que pueda hacer el sujeto que, aunque no incita abiertamente a la ejecución del delito, sí sugiere su idea.

Pensemos, por ejemplo, en el caso de un individuo que comenta a quien 24
se halla en una situación de dificultad económica que cuando él mismo tuvo problemas de dinero atracó un establecimiento, y le asegura que es una opción rentable, pero sin incitarle a que él haga lo mismo. El destinatario del comentario decide a raíz del mismo atracar una gasolinera.

Conforme al fundamento de la inducción a partir de la noción de riesgo, 25
la cuestión se traslada precisamente a la tarea de determinar si en estos casos puede hablarse realmente de la superación de los criterios de tolerabilidad o de riesgo permitido, de tal modo que, de ser la respuesta afirmativa, pudiera afirmarse que estamos en presencia de un riesgo relevante en términos normativos para que el inducido adopte y ejecute la resolución delictiva a la que se le incita.

Aun reconociendo que no todos estos métodos o formas de inducir dotan 26
por sí solos de peligrosidad a la incitación, nada impide sin embargo que adquieran dicho carácter peligroso cuando se insertan en un determinado contexto o se acompañan de específicas circunstancias, entre las que sin lugar a dudas habrán de considerarse las relacionadas con la personalidad del autor, su carácter y circunstancias, tal y como ya referíamos más arriba. Este requisito concurriría precisamente en el ejemplo que proponíamos, en el que el comentario sobre las ventajas que comporta realizar un atraco se dirige a una persona en situación de necesidad.

Con todo, debe advertirse que para comenzar siquiera a cuestionar si la 27
actuación del inductor en estos casos puede llegar a representar una forma apta para inducir, habrá de darse, como presupuesto, la base mínima de su concepto, esto es, que su actividad pueda contemplarse de algún modo –siquiera implícito– como una incitación, como un actuar moviendo la voluntad de otro, y no simplemente creando las condiciones a partir de las cuales puede que este se decida autónomamente a delinquir. Es lo que sucederá, por ejemplo, con la comunicación de una noticia o la creación de una situación estimulante con la esperanza de que la reacción del destinatario sea la de cometer el delito.

Imaginemos el caso del sujeto que se limita a situar al alcance del autor 28
pruebas acerca de la infidelidad de su esposa con la esperanza de que, la mayoría de las veces teniendo en cuenta su carácter celoso o impulsivo, consiga

despertar la decisión de quien recibe dichas pruebas para la comisión de un asesinato o unas lesiones (no hay mejor ejemplo que el que nos ofrece en la literatura el *Otelo* de Shakespeare: Yago deja el pañuelo que Otelo le había regalado a Desdémona en la habitación de Casio para así convencer a aquel de la infidelidad de su esposa, lo que determina la decisión de Otelo de matar al supuesto amante y a la propia Desdémona).

29 Son, en definitiva, los casos que bajo la rúbrica de *incitaciones implícitas* a menudo se han pretendido solucionar atendiendo a si existe o no un influjo psíquico, lo que desconoce que la imposibilidad de apreciar en ellos la inducción se debe con carácter previo a la carencia misma de la acción de instigar. Por ello, si bien estos supuestos en los que falta aquel presupuesto mínimo pueden discurrir bajo otro título de responsabilidad, como puede ser la cooperación necesaria o incluso fundamentar una posición de garantía que hiciera responder al hombre de atrás como autor comitente por omisión, nunca podrían articularse bajo los esquemas de la inducción(8).

30 Cuando, por el contrario, pueda descubrirse esa actividad incitadora –aun implícita– en la actuación del hombre de atrás, nada impedirá apreciar la inducción, siempre que esa incitación supere los límites de peligrosidad que desde una perspectiva *ex ante* fundamenta su desvalor de acción, y concurra el resto de los requisitos que requiere la tipicidad objetiva de esta forma participativa. En este sentido, resulta ilustrativa la cita del caso enjuiciado por el *BGH* en la Sentencia de 29 de mayo de 1979. Los hechos eran los siguientes:

31 Tras consumar una violación, el violador le preguntó a otro sujeto que le acompañaba y que hasta entonces había contemplado los hechos de forma pasiva sin estar decidió a realizar el hecho: "¿y tú no?". A raíz de esa pregunta el segundo sujeto comenzó a violar a la chica.

32 El Tribunal consideró que, dado que el medio para inducir puede ser cualquier forma que incida sobre la voluntad, la pregunta invitadora era apta para despertar en el destinatario una voluntad criminal, como sucedió en el caso y, por ello, quien hizo dicha pregunta debía responder como inductor a un delito de violación.

33 Conviene precisar que el acierto del fallo se debe al hecho de que a la mera invitación objetiva, que por sí no añadía nada a la motivación del destinatario

(8) En este sentido parece pronunciarse también Olmedo Cardenete, M., *La inducción como forma de participación accesoria*, p. 550 ss.

del comentario, se sumó decisivamente el dato de que esa invitación se refería a una "oportunidad" de ejecución que, por presentarse en un contexto específico, debía valorarse como un peligro normativamente relevante para que el sujeto adoptase la decisión delictiva. Se le brindaba, en efecto, la posibilidad de aprovechar la situación en que se encontraba una víctima concreta en un determinado momento y bajo específicas circunstancias que plantean la realización del hecho de un modo viable e inmediato. Distinta sería la valoración, por el contrario, en el caso en que la misma invitación se refiriese a la posibilidad abstracta de violar. Pensemos, por ejemplo, en el supuesto de alguien que comentara espontáneamente a su amigo en la terraza de un bar que le gustaría violar a alguna chica, y le preguntase a continuación: "¿a ti no?". En este caso, al faltar la referencia a un plan determinado y viable que, en cuanto oportunidad le conferiría peligrosidad en el caso concreto, no podría hablarse de inducción aun cuando finalmente el destinatario del comentario llegara a realizar una violación. De ser ese el caso, todo lo demás podría fundamentarse en una relación de causalidad fáctica entre el comentario y la ejecución del delito, una relación que, conforme al fundamento de la inducción, sería de todo punto insuficiente para sustentar un juicio de responsabilidad penal.

34 En el capítulo de los límites de la inducción con la complicidad, plantea especial dificultad la valoración de la actitud meramente *omisiva* como posible forma de inducir. Adoptando como punto de partida que el presupuesto para apreciar cualquier forma de intervención por omisión es la correspondencia exacta con la comisión activa, habrá que concluir que nunca va a ser posible apreciar la inducción por omisión. La razón es fácil de entender: si lo que caracteriza a la acción de incitar es eliminar las tendencias contrarias al delito y potenciar las inclinaciones del autor, imposible resultará extraer de la mera pasividad una labor persuasiva.

35 Nada impedirá, por el contrario, apreciar un paralelismo estructural entre la pasividad del omitente y la complicidad, en la medida en que su silencio puede reforzar e incluso consolidar la incidencia psíquica que sobre el destinatario ejerce el verdadero inductor, "ayudando" a que la voluntad del autor se incline finalmente en un determinado sentido.

36 Pensemos por ejemplo en el caso en que un tercero comente al marido de la futura víctima que está pensando en matarla. El marido se mantiene en silencio, no formulando ningún comentario ni objeción que inhibiera al autor a ejecutar su plan.

37 Es cierto que en dicho ejemplo el marido no controla un riesgo que entra dentro de los que debería evitar, con lo que en principio podría pensarse que al no actuar en la forma que debiera conforme a la posición de garante que ostenta es quien hace nacer la resolución delictiva en el autor. Sin embargo, debido a la necesidad de respetar los presupuestos conceptuales de la inducción habrá de descartarse dicha calificación en cuanto a que, pese a la infracción de sus deberes de garante, no "incita" a la comisión del asesinato(9).

38 En el extremo opuesto a los casos anteriores se plantea el tratamiento de aquellos otros en que el medio o la forma que emplea el hombre de atrás para motivar al autor a la ejecución del delito tiene tal intensidad que sitúa a la incitación en los umbrales mismos de la autoría mediata. Es lo que sucede cuando recurre a la creación o aprovechamiento de un *error* en el destinatario del ofrecimiento, al empleo de *amenazas, coacciones, al abuso de una situación de superioridad* o dirige su requerimiento a sujetos que tienen alterada o disminuida su *capacidad de culpabilidad.*

39 En todos estos casos la regla común general será la necesidad de respetar los caracteres básicos de la inducción como forma de participación; esto es, la necesidad de comprobar que, pese a los vicios que pueda tener quien ejecuta el delito en la formación de su voluntad, sigue conservando el dominio del hecho, de modo que quien pretende calificarse como inductor sea un mero partícipe. Dicho de otro modo, también en estos casos para que pueda hablarse de inducción el presupuesto mínimo es que sea el autor quien decida el *sí* y el *cómo* de la realización del delito, conservando en todo momento dicha facultad decisoria.

40 Ahora bien, sentado lo anterior, puede decirse también como regla común general a estos supuestos que, respetándose dicha exigencia mínima, el empleo de todas esas formas representa una peculiaridad en la inducción en lo que se refiere al juicio de peligrosidad que debe revestir y que, conforme veíamos más arriba, se traduce en un juicio de pronóstico en torno a las posibilidades de que el sujeto adopte y ejecute la resolución delictiva. Bien, pues en los casos que ahora tratamos puede decirse que estamos ante requerimientos que ya de por sí representan la peligrosidad que requiere el desvalor de acción de la inducción, de tal modo que, aun cuando no concurran elementos adicionales de peligrosidad, su empleo superaría ya los límites del *riesgo tolerado.*

(9) Gómez Rivero, M., *La inducción a cometer el delito. Op. Cit.,* p. 207 ss.

En efecto, a nadie escapa que no es lo mismo inducir aconsejando tan 41
solo la posibilidad de cometer un delito que hacerlo empleando, por ejemplo, coacciones o amenazas. En estos casos, sin necesidad de realizar verificaciones adicionales, se produce ya un incremento penalmente relevante del riesgo de que el inducido adopte y ejecute la resolución delictiva. Lo anterior, sin embargo, agota sus efectos en dicha consecuencia, sin que deba traducirse en un diferente grado de penalidad para estas formas de incitación. De hecho, el mayor grado de reproche que sin lugar a dudas despiertan estos casos en que se emplean formas de inducir de especial intensidad se garantiza ya de *lege lata* por dos vías complementarias: por un lado, teniendo presente ese mayor desvalor a la hora de determinar la pena dentro del marco penal que corresponda al inductor; por otro, apreciando un concurso de delitos cuando la forma de inducción sea ya constitutiva de un tipo autónomo (las amenazas o coacciones)[10].

Sentados estos aspectos comunes, ya de forma específica en relación con 42
cada una de las formas de inducir, pueden darse una serie de reglas para delimitar cuándo se respete aquel presupuesto mínimo de que el dominio del hecho siga correspondiendo al ejecutor del delito y no al hombre de atrás. Veamos algunos de los principales casos que pueden plantearse en la práctica.

1. El caso de los inimputables

Imaginemos, por ejemplo, que A recurriese a B, persona que padece un 43
retraso mental, para que personalmente coja una cartera que está situada sobre la mesa de un bar aprovechando el descuido de su propietario. A cambio de dicha acción, A le promete a B comprarle unas flores para su madre, siempre que en la cartera haya fondos suficientes para eso.

A grandes rasgos, puede decirse que en el tratamiento de estos supuestos 44
se han enfrentado tradicionalmente dos posturas. La primera de ellas vincula su calificación al que se conoce como *principio de responsabilidad.* Conforme al mismo, el dominio del hecho por parte del hombre de atrás que permite afirmar la figura de la autoría mediata no puede entenderse como un fenómeno *fáctico-psicológico,* sino que habrá de ventilarse conforme a los criterios normativos que deciden acerca de la existencia o no de responsabilidad penal. De acuerdo con este criterio, en definitiva, la posibilidad de apreciar una forma

(10) Ibídem, p. 262.

de autoría mediata habría de excluirse allí donde se comprobara que el ejecutor actúa de forma responsable en términos del juicio de reproche penal[11].

45 Frente a esta postura se sitúa la de quienes entienden que no puede trasladarse automáticamente el juicio de responsabilidad penal del autor en la tarea de calificarse como inducido o, por el contrario, como instrumento. El razonamiento de esta postura, que consideramos más acertada, parte de entender que la perspectiva que interesa en exclusiva para calificar de una u otra forma a quien actúa no es la repercusión jurídica que tenga su anomalía en la determinación de su responsabilidad, sino el modo en el que la misma afecte a su relación con el hombre de atrás.

46 Conforme a lo anterior, solo cuando la deficiencia o anomalía mental del autor afecte a su capacidad de comprensión del alcance de la acción que ejecuta, deberá apreciarse la autoría mediata, puesto que en esos casos será el hombre de atrás quien ostente el dominio sobre la voluntad del autor. Cuando, por el contrario, la deficiencia del autor determine tan solo la carencia o atenuación de la capacidad de motivarse conforme a los mandatos penales, deberá apreciarse la inducción, puesto que el autor realizará ahora de modo voluntario y consciente un hecho típico y antijurídico, con independencia de que pueda quedar exento de pena o responder de forma atenuada debido a la deficiencia o alteración de su capacidad de motivación. Es esto precisamente lo que sucede en el ejemplo con el que abríamos este apartado. Ciertamente en él, el sujeto accede a sustraer la cartera condicionado por su distorsión valorativa, puesto que difícilmente una persona mentalmente sana accedería a esa petición motivado por ese incentivo. Pero en la medida en que conoce lo ilícito de la conducta consistente en sustraer un bien ajeno, habrá de calificarse como inducido, con independencia de que, lógicamente, pueda quedar finalmente impune por ausencia de culpabilidad[12].

47 Debe advertirse, por otra parte, que salvado el requisito de la comprobación de que el autor comprenda la acción que ejecuta, su anomalía mental va a determinar en la mayoría de los casos que sea por sí misma un factor que dote de peligrosidad al requerimiento del hombre de atrás, haciendo aparecer de esta forma su incitación como un factor que fundamenta la peligrosidad de

(11) Es el caso de SPENDEL en la doctrina alemana, SPENDEL, G., "Der 'Täter hinter dem Täter': eine notwendige Rechtsfigur?; zur Lehre der mittelbaren Täterschaft". En: *Festschrift für Richard Lange zum 70*, p. 150.

(12) Conviene recordar que, conforme al principio de accesoriedad limitada, la participación solo exige que el autor ejecute un hecho típico y antijurídico.

su desvalor de acción. En efecto, la incitación a sujetos que, aun cuando comprenden el alcance de su conducta, tienen alterada su escala de valores y, por ello, pueden fácilmente ser motivados a la ejecución del crimen determina que haya de contemplarse *ex ante* como comprensiva de un grado elevado de peligrosidad para determinar al autor a delinquir.

Con todo, de inmediato debe advertirse que la conversión en peligrosas 48
de las incitaciones que de otro modo no lo serían no tiene lugar de manera automática, sino solo en la medida en que la propuesta haya incidido precisamente en la "debilidad" del destinatario. Imaginemos por ejemplo el caso de una persona con rasgos de carácter celotípico. Si bien ese rasgo puede determinar la conversión en peligrosa de la incitación de dar una paliza al supuesto amante de su pareja, sería irrelevante en los casos en que la incitación se refiriese, por ejemplo, a la comisión de un robo. En tanto que en estos supuestos la anomalía mental no repercute en la capacidad de motivación del sujeto en relación con el comportamiento que ahora se le propone, estas incitaciones no representarían peculiaridad alguna frente a la que se hiciera a un sujeto que no padeciera ese rasgo de celotipia.

2. Incitaciones a menores de edad penal

Los mismos criterios del apartado anterior habrán de manejarse a la hora 49
de calificar como autor mediato o, por el contrario, como inductor a quien dirige la incitación a sujetos que, por su edad, no serían castigados conforme al Código Penal. De nuevo aquí, lejos de vincular el tratamiento a criterios normativos en torno a si el autor incurre o no en responsabilidad, habrá de atenderse en cada caso al modo en que la minoría de edad afecta, no a la responsabilidad del autor, sino a su relación con el hombre de atrás.

De hecho, en estos supuestos resultan aún más evidentes los distintos jui- 50
cios que están presentes cuando se plantea, por un lado, la responsabilidad del hombre de atrás y del menor de edad autor, por otro. En efecto, es una afirmación prácticamente indiscutida la que recuerda que cuando el legislador traza los criterios con los que delimitar el régimen penal de los menores de edad, no está fijando con ello una regla acerca de la capacidad o no del menor de comprender el alcance de su comportamiento. Por el contrario, con tales criterios el legislador está ante todo atendiendo a razones *político criminales* que aconsejan o no el ingreso en prisión de los menores y jóvenes delincuentes. Así, el hecho de que en Perú el Código Penal disponga en su artículo 20.2 que está exento de responsabilidad el menor de 18 años, y que por debajo de esa edad pero por encima de los doce años se aplique la Ley núm. 27.337, de

21 de julio de 2000, que regula el nuevo Código de los Niños y Adolescentes, no significa que un sujeto, por ejemplo de 15 años, sea una persona inimputable, un mero instrumento incapaz de tener conocimiento y voluntad de sus actos. Por el contrario, lo único que está en juego al fijar dicho tramo de edad es la conveniencia, en términos *político criminales,* de que los sujetos que se encuentran por debajo de los dieciocho años de edad ingresen en prisión y sean tratados conforme al régimen de los adultos. A diferencia de lo anterior, cuando se discute acerca de la calificación del hombre de atrás como inductor o autor mediato tan solo interesa la perspectiva de su relación con el autor ejecutivo, por lo que no puede ser un elemento decisivo la efectiva madurez o no del menor.

51 No es por ello de extrañar que el propio Código Penal peruano contemple algunas previsiones en las que considera inductor –y no autor mediato–, a quien incita a un menor de edad a cometer determinadas conductas. Es el caso del artículo 148-A, relativo a la instigación o participación en pandillaje pernicioso: "El que participa en pandillas perniciosas, instiga o induce a menores de edad a participar en ellas, para cometer las infracciones previstas en el Capítulo IV del Título II de Libro IV del Código de los Niños y Adolescentes, así como para agredir a terceras personas, lesionar la integridad física o atentar contra la vida de las personas, dañar bienes públicos o privados, obstaculizar vías de comunicación u ocasionar cualquier tipo de desmanes que alteren el orden interno, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de veinte años. La pena será no menor de veinte años cuando el agente: (...) 4. Induzca a los menores a actuar bajo los efectos de bebidas alcohólicas o drogas (...)".

52 En definitiva, pues, puede decirse que lo que interesa determinar para calificar como inductor o autor mediato al hombre de atrás es comprobar si la minoría de edad del autor afectaba a su capacidad de comprender el sentido penal de su acción, esto es, si le impedía reconocer la tipicidad y antijuricidad de su conducta o si, por el contrario, esa circunstancia era solamente un factor de exclusión o, al menos, de atenuación de su capacidad de motivarse conforme a los mandatos normativos, impidiéndole, por tanto, dirigir su actuación conforme a la norma que comprende. En tal caso estaremos ante un supuesto de inducción, por mucho que los motivos que impulsan al menor a la adopción de la resolución delictiva solo tuvieran eficacia frente a quien carece de madurez mental.

3. Creación o aprovechamiento de un error

Dada la variedad de extremos sobre los que puede recaer el error del autor, 53
resulta necesario diferenciar en su tratamiento el supuesto concreto de error de que se trate. Por ello, trataremos por separado los casos en que el sujeto actúe en error de tipo (c.1), en error de prohibición (c.2), así como cuando el autor yerre sobre el sentido de la acción que realiza (c.3).

3.1. La creación o el aprovechamiento de un error de tipo en el autor

Imaginemos el caso en que A pide a B que dispare a una caja que ase- 54
gura estar vacía para probar su puntería. B así lo hace. A conocía que en la misma se escondía su enemigo, una persona indigente que se refugiaba del frío entre los cartones.

En casos como este, al recaer el error de quien actúa sobre la propia tipi- 55
cidad de su conducta y, en definitiva, sobre el sentido mismo de su actuación, será imposible contemplarla como expresión de una voluntad libre que decidiera o no actuar con pleno conocimiento de la relevancia penal del hecho que ejecuta. En efecto, el desconocimiento por parte del autor del verdadero alcance de su acción le impide valorar las circunstancias que pudieran permitirle decidirse libremente sobre la ejecución o no del delito. Se trataría, en definitiva, de un supuesto de autoría mediata en que el ejecutor actúa como un mero instrumento en manos del hombre de atrás, único que domina el acontecer delictivo.

Es más, dicha calificación habrá de mantenerse inalterada también en 56
los casos en que el autor hubiera podido vencer su estado de error con una actuación diligente. Así debe entenderse teniendo en cuenta que para la calificación como instrumento de un sujeto no interesa la posible responsabilidad en la que pudiera haber incurrido, sino la situación en la que *de facto* actúa.

Todo ello sin desconocer, además, que a la posibilidad de apreciar en tales 57
casos una forma de inducción se opondrían ya los principios que en general inspiran la participación en lo que se refiere a las exigencias de tipicidad subjetiva. En efecto, si se parte, como lo hace la doctrina mayoritaria, de que la participación en general y, con ello la inducción, no solo requiere que el partícipe actúe de forma dolosa, sino que, en el caso de la inducción, se incite a un hecho principal doloso, este segundo presupuesto faltaría en la tipología de casos que ahora nos ocupan, puesto que en el caso de vencibilidad del error de tipo, habría de apreciarse tan solo la comisión imprudente del concreto

delito. En ellos, en definitiva, faltaría una comunidad de voluntades dirigida a la producción de un resultado, tal como exige el concepto de participación en el hecho típico. En relación con la inducción, si esta figura requiere como primer requisito típico el nacimiento de una resolución delictiva en el inducido, esto es, la realización de un injusto típico que, como tal, comprende no solo el desvalor de acción sino también de resultado, en los casos en que el hombre de atrás incitara a realizar un comportamiento imprudente tan solo estaría haciendo surgir la resolución de realizar una determinada actividad, pero nunca podría decirse que su resolución comprende la producción de un injusto típico, tal como requiere el concepto penal de inducción[13].

3.2. La creación o el aprovechamiento de un error de prohibición en el autor

58 Mayores son las dificultades que plantea el tratamiento de los casos en que el hombre de atrás consigue que el autor ejecute el delito mediante la creación o el aprovechamiento de un error de prohibición.

59 Imaginemos el caso en el que A asegura a B, inmigrante recién llegado a Perú, que en este país no es delito el tráfico de drogas cuando lo cometen personas extranjeras. Convencido por esa creencia, B acepta el encargo que le ofrece A de introducir drogas en el país.

60 Lo primero que debe advertirse es que en estos supuestos nada se opone a apreciar en principio la inducción conforme a las reglas generales de la accesoriedad de la participación. En efecto, en tanto que, como es sabido, el error de prohibición determina en el autor una atenuación e incluso la exclusión de su culpabilidad, no existe ningún obstáculo para admitir una forma de participación conforme al principio de accesoriedad limitada, que solo exige la concurrencia de un hecho típico y antijurídico en el que participar.

61 Ahora bien, el hecho de que del principio de accesoriedad limitada no puedan extraerse argumentos en contra de la admisión de la inducción no significa, lógicamente, que ya por eso deba apreciarse dicha figura participativa. La respuesta requerirá comprobar que dicha figura delictiva es igualmente compatible con el verdadero criterio delimitador entre la autoría mediata y la inducción; esto es, con el criterio que atiende a que sea o no el hombre de atrás quien domine la realización del delito y, en definitiva, requerirá indagar quién ostente el dominio del hecho.

(13) Gómez Rivero, M., *La inducción a cometer el delito. Op. Cit.*, p. 358 ss.

Si, como hemos sostenido en relación con los supuestos anteriores, en esa 62
comprobación no puede ser decisivo el que se conoce como *principio de responsabilidad*, sino tan solo la atención a las circunstancias fácticas con las que decidir acerca del efectivo conocimiento o no por el autor del alcance del hecho delictivo que realiza, el tratamiento de estos casos habrá de ser el mismo que hemos sostenido en relación con los supuestos en que el hombre de atrás recurre a la creación o el aprovechamiento de un error de tipo en el autor. Conforme a ello, en todos estos supuestos, esto es, con independencia de la vencibilidad o no del error(14), habrá de apreciarse una forma de autoría mediata. Basta recordar que mientras la diferencia entre la evitabilidad o la inevitabilidad del error toma por base un juicio sobre la existencia de un reproche al autor por no haber obrado con los conocimientos a los que podría haber tenido acceso en el caso concreto y, en definitiva, sobre la existencia y el grado de su culpabilidad, su calificación como instrumento o inducido se basa, por el contrario en el juicio que decide acerca de si esa carencia de conocimiento determinó una situación de predominio del hombre de atrás sobre el acontecer típico o si, a pesar de tal desconocimiento, el autor siguió conservando el dominio del hecho. En definitiva, lo decisivo es la situación actual de efectiva falta de libertad en que se encuentra el autor en el momento de obrar debido a un error que, por recaer sobre una categoría normativa, limita de forma penalmente relevante su voluntad, convirtiéndole así en un instrumento del hombre de atrás.

3.3. El tratamiento de los casos de creación o aprovechamiento por parte del hombre de atrás de un error sobre el sentido de la acción de quien actúa

Se tratan en este apartado los casos en que el error del que se sirve el hom- 63
bre de atrás no recae sobre ninguna categoría normativa (tipicidad, antijuricidad o culpabilidad), sino sobre el sentido de la acción del autor.

(14) La solución diferenciadora ha sido sostenida en la doctrina alemana por ROXIN, quien considera que mientras los casos de invencibilidad del error determinarían siempre la existencia de la autoría mediata, puesto que el ejecutor inmediato ni puede reconocer la antijuricidad de su acción ni conoce, por lo tanto, los motivos que le podrían hacer desistir de ella, cuando por el contrario el error sea vencible propone diferenciar a su vez según el mismo recaiga o no sobre la antijuricidad material o formal. Solo en el primer caso, esto es, cuando recaiga sobre la cualidad social dañosa del comportamiento y determine que el autor no reconozca su comportamiento como incorrecto, existirá autoría mediata, sin que por lo demás la vencibilidad del tal estado de error pueda afectar a la cualidad del hombre de atrás. Cuando, por el contrario, el ejecutor yerre sobre la antijuricidad formal de su comportamiento, no podría considerarse como instrumento ni fundamentarse, por tanto, el dominio del hecho del hombre de atrás, en ROXIN, C., *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 178 ss.

64 Sirva de ejemplo el caso del sujeto que hace creer a otro la infidelidad de su pareja, incitándolo a que decida dar un escarmiento a la misma.

65 Estamos, en definitiva, ante supuestos en los que se produce en el autor un error sobre sus *motivos*, sobre el *por qué* realiza la conducta. Así, en el ejemplo propuesto, si el autor hubiera conocido la falsedad del presupuesto (la infidelidad de su pareja), no habría adoptado la resolución delictiva. Desde un punto de vista exclusivamente fáctico, no cabe duda de que en tales casos el hombre de atrás ostenta un cierto dominio sobre la realización de los acontecimientos, puesto que incluso en un lenguaje meramente coloquial podría decirse que con su engaño está instrumentalizando la decisión del autor. Por ello, negar que el hombre de atrás ostenta, cuanto menos un dominio negativo de los hechos, traducido en su poder de impedir la ejecución del delito desvelando la falsedad de los datos, sería tanto como desconocer la realidad misma de las cosas.

66 Ahora bien, pese a lo anterior, ese dominio negativo no es suficiente para fundamentar su autoría mediata. Al contrario, de acuerdo con la caracterización de la inducción de que partimos como comportamiento que *ex ante* incrementa el riesgo del nacimiento y posterior ejecución de la resolución delictiva por el autor, nada se opondrá a admitir entre los modos aptos para inducir la creación de un error en los motivos que se convierte en determinante de la adopción de la resolución de delinquir por parte del inducido. Que esa motivación haya sido falsamente creada por el inductor en nada alteraría los elementos conceptuales de la inducción, esto es, no impediría seguir entendiendo que el autor, pese errar en sus motivos, se decide libremente a la realización de un hecho concreto respecto al que conoce su carácter típico y antijurídico[15].

(15) Si bien en relación con las conductas de inducción al suicidio, esta solución ya fue defendida por MUÑOZ CONDE, F., "Provocación al suicidio mediante engaño. Un caso límite entre autoría mediata en asesinato e inducción y ayuda al suicidio". En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales* T. 40, p. 301 ss. En relación con los casos en que la decisión suicida se haga surgir haciendo creer al sujeto, por ejemplo, que padece una enfermedad incurable que solo le reportará sufrimientos en los pocos años de vida que le quedan, afirmaba el citado autor que: "Si el suicidio provocado por engaños de tercero puede seguir considerándose como suicidio libre y consciente que sirve de base y referencia a los comportamientos tipificados en el artículo 409 (cfr. 143 del actual CP), la calificación de autoría mediata en homicidio o asesinato debe ser rechazada, porque, aunque falsificada en su razón ultima, la decisión final corresponde al suicida, que se configura así como el único dominador del hecho, verdadero dueño de sus decisiones existenciales". Por ello, concluye que "solo la provocación de un error sobre la cualidad letal de la acción, o sobre el hecho mismo de la muerte, puede fundamentar una autoría mediata del que provoca este tipo de error y con ello un asesinato. La provocación de error sobre el sentido mismo de la acción suicida, por el contrario, todo lo más puede ser castigado como inducción o ayuda al suicidio".

4. El empleo de amenazas o coacciones como forma de hacer surgir una resolución delictiva

67 Dada la distinta incidencia que puede tener el empleo de amenazas en la motivación del destinatario, atendiendo tanto a su intensidad objetiva como, ya en el ámbito subjetivo, a las peculiaridades de carácter de aquel, no es de extrañar la imposibilidad de enunciar con carácter general y validez genérica para todos los casos una regla acerca de la admisibilidad o no de la misma entre las formas de inducción, siendo preciso, por el contrario, llevar a cabo en cada caso una valoración particularizada de la incidencia que tenga en concreto la amenaza o la coacción en el destinatario. Todo lo demás, la posibilidad de formular reglas generales habría de referirse a los casos extremos. Así, por ejemplo, no planteará problemas la calificación del instrumento como autor cuando el mal constitutivo de la amenaza le haya situado en una situación de estado de necesidad que excluya su responsabilidad. La calificación será, por el contrario, de inducción, allí donde el mal amenazado tan solo represente la frustración de una expectativa, el cese de una ventaja o interés personal cuyo deseo de mantenimiento o recuperación actúe solo como un incentivo para que el autor se decida a delinquir.

68 Conforme a lo anterior, mientras que habría de calificarse como autor mediato al sujeto que amenazara a otro con matar a un familiar si no le entrega una determinada cantidad de dinero, habría de hablarse de inducción cuando la amenaza se realizara por el empresario al empleado y se refiriese, por ejemplo, a no concederle un anticipo para reformar la vivienda.

69 Sin duda, entre estos casos extremos se planteará en la práctica un amplio abanico de casos intermedios cuya valoración como inducción o como autoría mediata requerirá atender a datos como la concreta personalidad del destinatario del requerimiento, la intensidad objetiva de la amenaza o la coacción, el contexto en que se produce y, en definitiva, cuantas circunstancias permitan valorar en cada caso el grado de afectación o el vicio de la voluntad de cara a decidir si esta aparecía como la única respuesta a una situación de miedo insuperable de producción de un mal grave o, por el contrario, tan solo como la motivación que impulsara al autor a delinquir[16].

(16) Con todo, debe advertirse que a veces en algunos códigos penales el legislador ha optado por tipificar ya como un delito autónomo y, por lo tanto, como autoría, lo que sería una forma de inducción mediante el ejercicio de cierto tipo de amenazas o coacciones. Es lo que sucede en el Derecho español con el delito de tráfico de influencias, introducido en el Código Penal por la LO 9/1991, de 22 de marzo. De un modo paralelo a lo que sucede con el cohecho activo, donde el legislador ha elevado a la categoría de autoría lo que es una forma de inducción, ha optado por tipificar

70 Una vez delimitadas las formas de actuación del instigador que pueden reconducirse al desvalor de acción de la inducción, para que la inducción quede consumada será necesario el inicio, al menos, de un principio de ejecución. Todo ello con independencia de que si el autor no llega a consumar el hecho el inductor responda, conforme al *principio de accesoriedad limitada*, por inducción (consumada) a un delito intentado.

71 Para apreciar dicha consumación será necesario comprobar, desde una perspectiva *ex post,* no solo que el nacimiento y la ejecución del delito son reconducibles en estrictos términos causales a la incitación[17], sino que ambos resultados son *objetivamente imputables* a la incitación. En efecto, este juicio normativo de imputación está llamado a actuar en un doble momento de la inducción conforme a su propia estructura típica, caracterizada por la producción de un doble resultado: el nacimiento de la resolución en el destinatario y el comienzo por este de la ejecución delictiva. El primer juicio de imputación, presupuesto del siguiente, tendría por objeto la comprobación de que la resolución que el destinatario adopta supone la realización del riesgo creado por la actividad del inductor; el segundo pondría en relación a esta con el resultado finalmente producido.

72 Mientras este segundo juicio de imputación se corresponde en general con el que decide la imputación de lo ejecutado al autor individual, el que tiene por objeto la relación entre la incitación y la resolución del autor presenta peculiaridades específicas. Partiendo de que el criterio del fin de protección de la norma actúa con carácter previo a la relación de riesgo, delimitando lo que sea un riesgo típicamente relevante, la determinación de cuándo la resolución que el autor adopta sea imputable objetivamente a la incitación va a requerir una doble comprobación con carácter secuencial y excluyente: en primer lugar, la que tiene por objeto la correspondencia del resultado producido con aquellos en que podría traducirse potencialmente el riesgo contenido en la incitación de acuerdo con criterios de responsabilidad objetiva y subjetiva y, en segundo lugar, la que atiende a su realización en el resultado.

---

autónomamente una incitación al funcionario o autoridad mucho más sutil que la que tiene lugar en el cohecho: la que se produce mediante el ejercicio de influencia personal o jerárquica. Así, los artículos 428 y 429 contemplan, respectivamente, la actuación del funcionario o autoridad, y del particular que influyere en otro funcionario o autoridad prevaliéndose, en el primer caso, del ejercicio de las facultades de su cargo o relación jerárquica y, en ambos, de cualquier situación derivada de su relación personal con el funcionario o autoridad en que influyere, obteniendo así un beneficio económico directa o indirectamente para sí o para tercero.

(17) Debe tenerse en cuenta la dificultad específica que comporta formular dicho juicio de causalidad entre la incitación y el nacimiento de la resolución delictiva, ya que el mismo requiere atender a leyes causales **psíquicas**, conforme a juicios estadísticos y de pronóstico.

La necesidad de llevar a cabo esta doble comprobación aparece como una consecuencia del propio fundamento del castigo de la inducción. En efecto, si este, lejos de evitar la corrupción del autor o la producción de cualquier manifestación delictiva, se cifra en el riesgo que supone el hecho de que se cometa el concreto delito a que se refiere la incitación, solo cobrará sentido preguntarse por la realización en el resultado del riesgo en ella contenido cuando aquel se corresponda precisamente con el que la norma quiere evitar, esto es, con el que contenía la incitación formulada por el autor de acuerdo con criterios de previsibilidad objetiva y subjetiva. De este modo, dado que el legislador al castigar al inducción solo pretende prohibir el delito que suponga la realización del riesgo contenido en la incitación, la ejecución de cualquier otro debe considerarse como expresión de un riesgo no prohibido por el precepto que castiga la inducción, lo que ante la propia falta del presupuesto de imputación, determina que decaiga la necesidad de preguntarse por la relación de riesgo. 73

A la hora de determinar los elementos que integran ese juicio de identidad debe diferenciarse entre la referencia a los elementos del tipo y a los extremos fácticos del hecho. Así, mientras el tipo formará parte en todo caso de aquel, la relevancia de los extremos fácticos del hecho dependerá del papel que en el caso concreto cada uno de ellos tuviese en la configuración del riesgo contenido en la incitación. Sólo cuando aquel no se refiera de forma genérica a cualquiera de los incluidos en el género típico, habrá que acudir a los criterios de previsibilidad objetiva y subjetiva de cara a comprobar si su peligrosidad se agotaba en exclusiva en la identidad de los objetos a que se refería literalmente la incitación. De ser ese el caso, la realización del delito en otro distinto excluirá la imputación objetiva con carácter previo, por tanto, a la comprobación del dolo del inductor. Sólo una vez afirmado que la producción del resultado se corresponde al contenido de la instigación, la imputación al inductor de lo ejecutado por el autor requerirá comprobar que este es precisamente la realización del riesgo contenido en la incitación. 74

III. El tipo subjetivo de la inducción

Pese a que no puede considerarse una postura unánime[18], la doctrina suele reconocer de forma mayoritaria que la participación solo es posible en relación con los comportamientos dolosos. Esta premisa resulta especialmente 75

(18) En el sentido de admitir la participación en los comportamientos imprudentes, véase por todos Luzón Peña, D., "La 'determinación objetiva del hecho' Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado". En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales* T. 42, p. 894 ss.

clara en la inducción, que requiere tanto que el autor actúe dolosamente como el tipo al que incite sea doloso.

76 Lo primero, que el inductor actúe dolosamente, es una exigencia que se contempla ya de forma expresa en el artículo 24 del Código Penal peruano. La misma se comprende no solo teniendo en cuenta el propio valor semántico de los términos "inducción" o "incitación", que describen acciones eminentemente finales, orientadas a la producción de un resultado. También se justifica desde argumentos de corte dogmático. En efecto, si por un lado, los principios de accesoriedad y unidad del título de imputación, propios de la participación, exigen que el tipo al que induce el inductor se corresponda con el que realiza el autor y, por otro, de acuerdo con la comprensión finalista del delito, debe diferenciarse entre un delito doloso y otro culposo, será imposible apreciar la identidad de los tipos cuando el inductor actúe de un modo imprudente mientras el autor lo haga de forma dolosa.

77 En segundo lugar, es necesario que el hecho al que incita el inductor sea un delito doloso. Para justificar esta exigencia basta pensar en el contrasentido que supondría la estructura de inducción dolosa a un hecho imprudente. En efecto, desde el punto de vista del inducido, dicha construcción supondría tanto como afirmar que se ha creado la resolución de realizar un injusto imprudente; esto es, la resolución de producir un resultado a consecuencia de una actuación imprudente o, lo que es lo mismo, que se ha inducido y que se ha sido inducido a realizar un resultado imprudente, comportamiento que, gráficamente, significaría afirmar que se ha hecho nacer la resolución (=querer) de producir un resultado que no se quiere (consustancial a la estructura del delito imprudente).

78 Entre las formas de dolo con que es posible apreciar la inducción, no solo se cuenta el dolo directo, sino que también será admisible el dolo eventual respecto a la posibilidad de que el inducido adopte y ejecute la resolución delictiva. Ahora bien, por razones lógicas es imposible que el dolo eventual se refiera al contenido inmediato de la incitación, esto es, a la producción del resultado típico al que se dirige. La virtualidad del mismo va a limitarse a la posibilidad de que la incitación comprenda eventualmente la realización de un resultado distinto o incluso otro adicional al que incita. Sirva de ejemplo el caso en que el inductor incite a la comisión de un hurto pero aceptando la eventualidad de que durante la ejecución el autor emplee violencia o intimidación, esto es, de que finalmente acabe cometiendo un robo.

79 La exigencia de dolo en la actuación del inductor va a actuar restringiendo el ámbito de los resultados por los que este responda a pesar de que

sean imputables objetivamente a su incitación. Tan importante función hace necesario precisar los elementos del hecho que deben quedar comprendidos por su dolo y que, consiguientemente, actúen limitando su responsabilidad.

La fijación de los aspectos mínimos del hecho que deben quedar comprendidos por el dolo del inductor se conecta con la propia fundamentación objetiva de la inducción conforme a la noción de riesgo. De acuerdo con ella, además de la referencia al tipo, solo los extremos fácticos del hecho que adquieran protagonismo en la configuración de la peligrosidad contenida en la incitación deberán quedar comprendidos en su identidad por aquel y actuaran acotando el ámbito de los resultados imputables subjetivamente al inductor. De este modo, la afirmación de la relevancia de la alteración de algún extremo del plan por el autor requerirá comprobar en el caso concreto el papel infungible que desempeñaba en la delimitación del riesgo creado en la incitación. 80

El objeto de referencia del dolo del inductor así delimitado es tanto el nacimiento de la resolución delictiva por parte del inducido como la ejecución del delito. En lo que a lo primero se refiere, el nacimiento de la resolución delictiva plantea el tratamiento de los casos en que el dolo del incitador se refiera a la ejecución de un delito que ya tenía proyectado cometer el destinatario. Se trata, en definitiva, de la calificación que deba recibir la incitación al que se conoce como *omnimodo facturus.* 81

Pensemos, por ejemplo, en el caso de un sujeto que hubiera sido inducido a cambio de dinero para matar a una determinada persona, hubiere aceptado el encargo, pero antes de ejecutar el hecho recibiera otra oferta en el mismo sentido por parte de otro sujeto. Este segundo ofertante, ¿estaría incitando a la ejecución del delito o sería un cooperador necesario? 82

La respuesta a esta interrogante requiere tener en cuenta los presupuestos básicos de la figura de la inducción. Si, como tantas veces hemos recordado, su desvalor de acción consiste en hacer surgir en el inducido una resolución delictiva, habrá de entenderse que el *omnimodo facturus* es un sujeto inidóneo para ser inducido al mismo hecho que ya ha resuelto cometer, debido a la imposibilidad misma de apreciar una relación causal entre la incitación y la resolución del autor, presupuesto mínimo del juicio posterior de imputación. 83

Con todo, debe advertirse que esta solución se reserva para los casos en que concurra una identidad entre esa resolución delictiva previa y el plan que ahora se propone, por lo que el problema se trasladará entonces a comprobar cuándo sea ese el caso. La pregunta que surge entonces es evidente: ¿debe darse una identidad entre todos los aspectos de cada una de las resoluciones de 84

tal modo que, por ejemplo, la propuesta de un plan que diverge de la previa resolución del autor solo en el tiempo de la ejecución o en la concreta víctima debiera considerarse como la incitación a realizar un hecho diferente al que ya estaba resuelto el autor o son, por el contrario, solo determinados extremos los que deben coincidir para poder hablar de la identidad de la resolución delictiva?

85 En la medida que la constatación de dicha identidad no es sino el reverso del juicio que permite afirmar que el hecho que comete el autor y que encuentra su causa en la actividad del inductor le es imputable a este objetiva y subjetivamente, puede formularse un juicio sobre la base de una regla inversa a la que decide estos casos: será *omnimodo facturus* el destinatario de la incitación cuando, de haber adoptado su resolución delictiva a consecuencia de ella, le sería imputable tanto objetiva como subjetivamente al inductor, esto es, cuando de haber tenido la resolución del autor su origen en la actividad instigadora del inductor, podría contemplarse como expresión del riesgo abarcado por su dolo.

86 Por ello, al igual que veíamos al estudiar dicha relación, también ahora, para determinar los elementos que integren dicho juicio de identidad debe diferenciarse entre la referencia al tipo y a los extremos fácticos del hecho. Así, mientras el tipo en cuanto elemento normativo formará en todo caso parte de aquel, la relevancia de los extremos fácticos del hecho dependerá del papel que en cada caso concreto tuviera cada uno de ellos en la configuración del riesgo contenido en la incitación, atendiendo de forma especial a su carácter fungible o no. Solo cuando aquella no se refiriese de forma genérica a cualquiera de los objetos del género típico, habría que acudir a los criterios de previsibilidad objetiva y subjetiva para comprobar si su peligrosidad se agotaba exclusivamente en la identidad de los objetos a que se refería literalmente la incitación, de tal modo que, caso afirmativo, la realización en otro distinto excluiría la imputación objetiva con carácter previo, por tanto, a la comprobación del dolo del inductor.

87 Así, por ejemplo, mientras habría de valorarse como inducción el cambio de identidad de la víctima cuando el encargo anterior se refiriese a una persona determinada, habría de considerarse al autor como un *omnimodo facturus* en el caso, por ejemplo, en que el instigador, ignorando que el terrorista estaba ya decidido a colocar una bomba en el centro de la ciudad, le propusiera mediante una recompensa que la hiciera estallar en un supermercado. Dado que en supuestos como este el encargo (asesinar a personas para generar el terror) no se acota en la identidad de las víctimas, resultando por completo indiferente quiénes sean estas, el hecho de que la segunda propuesta cambie el lugar de ejecución no podría valorarse como inducción.

Por otra parte, debe observarse que para poder apreciar la cualidad de 88
sujeto resuelto de aquel a quien se le propone el mismo comportamiento será necesario que a la identidad del plan se acompañe la voluntad de su ejecución. Ciertamente nos encontramos ante un extremo realmente difícil de probar, al recaer sobre un terreno tan incierto e inseguro como es el relativo a las tendencias y las actitudes subjetivas del autor. Nadie debe por ello extrañarse de que para la concreción de este aspecto se hayan ensayado, sobre todo en la doctrina alemana, toda una gama de criterios, entre los que tal vez destaque el formulado por ROXIN. Para este autor, en esta tarea no solo deben tenerse en cuenta las exigencias normativas, sino la realidad psíquica y el uso normal del lenguaje, para lo que propone atender al que denomina como *criterio de la preponderancia*. Conforme al mismo, deberá apreciarse la existencia de una resolución previa en el autor cuando los motivos que impulsan a la comisión del delito sean preponderantes a sus inhibiciones, sin que deba valorarse como un obstáculo para ello que el sujeto tenga todavía ciertas dudas respecto a su ejecución. Por el contrario, no podrá decirse que esté resuelto a delinquir quien solo tome en consideración la posibilidad de cometer un delito o se encuentre en estado de titubeo[19]. De esta forma concluye que existirá inducción cuando se determina a alguien a la comisión de un delito, siendo así que ese destinatario, a pesar de que contaba con la posibilidad de ejecutar el hecho delictivo, todavía albergaba preponderantes pensamientos en contra. Por el contrario, si alguien le dice a su amigo: "Estoy un 90 % decidido a ejecutar el hecho, pero todavía tengo problemas", y ese amigo elimina las últimas dudas, habrá de calificarse como cómplice, no como inductor.

Como un supuesto bastante próximo al anterior, se plantea el tratamiento 89
de los casos de *autoofrecimiento o predisposición del autor* a la ejecución del hecho delictivo a cambio de dinero.

Imaginemos el caso de un asesino a sueldo que hiciera de los encargos su 90
medio de vida. La persona que le ofreciera dinero para matar a una determinada víctima, ¿habría de valorarse como inductor o, por el contrario, como un cooperador necesario o incluso como un cómplice?

En la medida que la entrega de dinero o de cualquier otra condición a 91
quien previamente se ha ofrecido a cometer el hecho delictivo a cambio de la misma solo condiciona la efectividad de la puesta en práctica de aquella decisión, la contribución del tercero que actúa entregando o prometiendo esa

(19) ROXIN, C., "Über den Tantentschluß". En: STREE, W. (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Horst Schröder*, p. 156 ss.

recompensa deberá valorarse como una forma de cooperación necesaria, nunca como inducción. En efecto, quien se limita a cumplir la condición de la que depende la ejecución del delito no provoca el nacimiento de la voluntad criminal, sino que tan solo posibilita su puesta en práctica mediante la realización de una condición sin la cual el delito no se habría ejecutado.

92 Es más, la peculiar estructura que presentan estos casos de autoofrecimiento introduce un importante matiz en determinados supuestos que no debe pasar desapercibido. Para advertirlo, sirva el ejemplo que propone en la doctrina alemana NEIDLINGER[20]:

93 K, que está decidido a costearse su sustento mediante la realización de asesinatos, se ofrece a M, que quiere matar a su mujer, para realizar el hecho previo pago de una cantidad.

94 Basta la lectura de este supuesto para comprender que, en realidad, cuando K se dirige a M ofreciéndole dinero para matar, es K quien le propone la realización del delito, de modo que si M le entrega una determinada suma, tiene lugar la ejecución del asesinato. Por ello, en estos casos puede decirse que, en realidad, quien se ofrece a cambio de dinero es quien estaría induciendo al que puede entregar la recompensa para que tenga lugar un hecho delictivo que solo depende de su actuación, conducta inductora que, sin embargo, quedaría absorbida por la más específica y grave de la autoría en el caso de que llegara efectivamente a ejecutar el delito.

95 Por otra parte, se plantea el tratamiento de los casos en que el inductor actúe modificando una resolución delictiva previa. La valoración de estos casos como inducción o complicidad requiere formular un juicio destinado a comprobar si la modificación afecta a un extremo relevante en la delimitación de la resolución adoptada por el autor o si, por el contrario, la puesta en práctica de esa modificación podría entenderse como un resultado comprendido por su dolo[21].

96 Si bien cuando la modificación se traduce en un cambio radical de la valoración típica ningún problema plantea calificar como inductor a quien la propone, las dificultades surgen cuando aquella da paso a la entrada de una cualificación o de un nuevo tipo que conserva, sin embargo, una relación de gravedad en su injusto con el anterior. En estos casos su contribución debe valorarse unitariamente como inducción. Por lo que se refiere a la estructura

(20) NEIDLINGER, H., *Zur Abgrenzung von Anstiftung und Beihilfe; insbesondere: der bedingt Tatentschlossene und Tatgeneigte*, p. 17.

(21) Sobre todos estos aspectos, GÓMEZ RIVERO, M., *La inducción a cometer el delito. Op. Cit.*, p. 433 ss.

delito base/cualificación, si bien se trata de una opción de técnica legislativa que bien pudiera sustituirse por las reglas del concurso, cuando el legislador se decanta por ella pone de manifiesto su voluntad de que, a pesar de que formalmente siga existiendo un tipo base al que se añade una circunstancia cualificante, el nuevo resultado se contemple de forma unitaria.

Con mayor contundencia aparece esta voluntad del legislador de valorar 97
unitariamente el resultado final cuando recurre a configurar tipos autónomos que contienen el injusto de otros menos graves, técnica que impide, siquiera sea formalmente, la contemplación de las distintas conductas como una mera yuxtaposición de elementos, para pasar a valorarse como un todo unitario que desborda e impide la apreciación individualizada de los distintos comportamientos que lo integran y, en definitiva, como expresión de un nuevo injusto, unitario y autónomo respecto al anterior.

Por su parte, la valoración como inducción o complicidad de los casos en 98
que la modificación que propone el hombre de atrás recae en exclusiva sobre extremos fácticos que no afectan a la valoración típica del hecho; requerirá comprobar, de un modo inverso a lo que sucede cuando es el autor quien se desvía del plan al que fue inducido, si la alteración podía considerase hipotéticamente como expresión de un plan más amplio al que se refería el dolo del autor (complicidad) o si, por el contrario, la modificación excedía del primitivo dolo del autor (inducción).

Junto a los casos anteriores, se plantea el tratamiento de aquellos otros 99
en que el hecho que finalmente ejecuta el autor se *desvía* en uno o varios de sus extremos del riesgo creado dolosamente por la incitación del inductor. En ellos debe diferenciarse entre los supuestos en que se traten de desviaciones conscientes o inconscientes por parte del autor.

En primer lugar, en lo que se refiere a las *desviaciones conscientes*, la valo- 100
ración o no como exceso de lo ejecutado por el autor requerirá diferenciar, a su vez, entre las desviaciones que se traducen en una alteración normativa, y las que recaen en exclusiva sobre elementos fácticos: mientras que la realización de un tipo distinto o de una cualificación, formalmente autónoma o no, que no este comprendida siquiera eventualmente por el dolo del inductor debe considerarse siempre como un exceso del autor, puesto que necesario referente del dolo del inductor y, por tanto, elemento definitorio de sus límites, es la referencia al tipo, cuando la modificación recaiga sobre extremos fácticos que no afectan a la valoración típica, habrá de atenderse al papel que en cada caso tenían esos extremos en la configuración del riesgo creado por la incitación.

101 En concreto, allí donde el riesgo contenido en la incitación no se refiera de forma genérica a cualquiera de los objetos del género típico, sino que se acote en función de uno o varios determinados, su identidad pasará a formar parte del contenido del dolo del inductor, de tal modo que en estos casos la imputación subjetiva a este de la realización del resultado en otro objeto diferente al que se refirió de modo inmediato la incitación requerirá comprobar que quedaba comprendido por su dolo.

102 En segundo lugar, los casos de *desviaciones inconscientes* de lo ejecutado por el autor respecto al contenido del dolo del inductor se corresponden con los supuestos de *aberratio ictus* y *error in obiecto* del autor o el inducido. Partiendo de que solo el error *in persona* que recae sobre objetos con idéntica valoración penal determina que el autor responda por un delito doloso consumado, las repercusiones que cada uno de estos tipos de error tengan en el inductor requiere diferenciar entre los supuestos de *error in obiecto irrelevante,* del resto de los supuestos de error (*aberratio ictus* y *error in obiecto* que afecta a objetos con diferente valoración típica) que, por el contrario, determinan que el autor responda por un delito doloso intentado en concurso con un delito imprudente consumado.

103 En este último caso, de acuerdo con el principio de accesoriedad limitada –que en su aspecto negativo actúa acotando el límite máximo de responsabilidad en que pueda incurrir el partícipe–, habrá de descartarse de antemano la responsabilidad del hombre de atrás por inducción dolosa consumada, reduciéndose así las posibles calificaciones a la de inductor al delito doloso frustrado, o al delito imprudente que finalmente se acaba consumando. Dado que la inducción debe referirse a un tipo doloso, de inmediato habrá de descartarse esta última posibilidad, de tal modo que, por exclusión, la responsabilidad del inductor habrá de discurrir conforme al tipo que dolosamente comete el inducido y que quedó sin consumar.

104 Mayores dificultades plantea determinar cuál será la repercusión en el inductor del *error in obiecto* del autor que no impide que este responda por el delito doloso consumado. En estos casos, la solución no se vincula a los principios generales que inspiran la participación, sino que aparece como manifestación específica de la problemática más amplia de la imputación del resultado y, en definitiva, como un problema de determinación de los casos en que este pueda contemplarse como realización del riesgo comprendido dolosamente en la incitación.

105 En efecto, debido a la propia caracterización conceptual de la inducción, según la cual la ejecución corresponde por definición al inducido, el riesgo que crea el inductor, y al que tiene que referirse su dolo, nunca podría relacionarse

directamente con el objeto que pretende lesionar en su efectiva identidad, sino que quedará necesariamente mediatizado por el resultado del proceso de identificación que tiene que llevar a cabo el autor como momento previo a la ejecución delictiva.

De este modo, aun en los casos en que previamente se haya afirmado que el dolo del inductor se limitaba a un determinado objeto, y que el autor erró en su identidad, la exclusión de la responsabilidad del inductor por el resultado producido requerirá comprobar que este no podía contemplarse como la realización del proceso de identificación de la víctima y, en definitiva, como expresión del riesgo doloso contenido en la incitación, lo que exigirá atender al modo que en ella se concretó su identidad. 106

IV. Bibliografía

FEUERBACH, Paul, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*. Henning, Erfurt, 1800; FRISCH, Wolfgang, *Vorsatz und Risiko*. Heymann, Köln, 1983; GÓMEZ RIVERO, María, *La inducción a cometer el delito*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995; GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando, "¿Qué es la autoría?". En: *Revista Penal* N° 20, setiembre 2007; HERZBERG, Rolf Dietrich, "La inducción a un hecho principal indeterminado" (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo Federal de la República Federal Alemana [*BGH*] de 21/04/1986. En: *NJW* 1986, 2270, y en *NStZ* 1986, 407). En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales* T. 48, Fasc./Mes 2, 1995; LÓPEZ PEREGRÍN, María, *La complicidad en el delito*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997; LUZÓN PEÑA, Diego, "La 'determinación objetiva del hecho' Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado". En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales* T. 42, Fasc./Mes 3, 1989; MUÑOZ CONDE, Francisco, "Provocación al suicidio mediante engaño. Un caso límite entre autoría mediata en asesinato e inducción y ayuda al suicidio". En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales* T. 40, Fasc./Mes 2, 1987; NEIDLINGER, Hans-Joachim, *Zur Abgrenzung von Anstiftung und Beihilfe; insbesondere: der bedingt Tatentschlossene und Tatgeneigte*. Heildelberg, Ruprecht-Karls-Universität, 1989; OLMEDO CARDENETE, Miguel, *La inducción como forma de participación accesoria*. Editorial de Dereho Reunidas, Madrid, 1999; ROXIN, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*. De Gruyter, Berlin/New York, 1990; ROXIN, Claus, "Über den Tantentschluß". En: STREE, Walter (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Horst Schröder*. Beck, München, 1978; SPENDEL, Günter, "Der 'Täter hinter dem Täter': eine notwendige Rechtsfigur?; zur Lehre der mittelbaren Täterschaft". En: *Festschrift für Richard Lange zum 70*. De Gruyter, Berlin, 1976. 107

§ 25
Complicidad primaria y secundaria[1]

CARMEN LÓPEZ PEREGRÍN
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla (España)

Sumario

		Nm	P
I.	Cuestiones previas	1	379
II.	La distinción entre complicidad primaria y complicidad secundaria	27	391
III.	La complicidad (primaria o secundaria) psíquica	81	407
IV.	Complicidad (primaria o secundaria) y omisión impropia	88	409
V.	Complicidad e imprudencia	96	411
VI.	El problema de los llamados actos neutrales o cotidianos	101	412
VII.	Bibliografía	121	417

§ 25.- Complicidad primaria y complicidad secundaria

"El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor.

A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena.

El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurran en él".

I. Cuestiones previas

El estudio del fenómeno de la concurrencia de varias personas en un hecho delictivo tiene ya una larga tradición en la doctrina comparada. Sin embargo, y a pesar de la extensa bibliografía existente[2], la aplicación de los tipos penales (generalmente concebidos pensando en un autor único) a supuestos en los que intervienen varios sujetos, sigue planteando numerosos problemas al intérprete del derecho. 1

(1) Abreviaturas utilizadas: *ADP*: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*; *AT*: *Allgemeiner Teil*; *BGH*: *Bundesgerichtshof*; CP: Código Penal; *DR*: *Deutsches Recht*; *JA*: *Juristische Arbeitsblätter*; *JuS*: *Juristische Schulung*; *JZ*: *Juristenzeitung*; *LK*: *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*; n.: nota a pie de página; *PJ*: Poder Judicial; *RDCir*: *Revista de Derecho de la Circulación*; *RG*: *Reichsgericht*.

(2) El presente trabajo está elaborado partiendo, sobre todo, de materiales españoles y alemanes, aunque las cuestiones planteadas se suscitan en realidad de manera muy similar en todos los países de nuestro entorno jurídico.

2 Son muchas las cuestiones que se plantean en este campo, cuestiones que no son meramente teóricas, sino que tienen una gran repercusión en la práctica. Porque la adopción de un punto de vista o de otro puede derivarse en un caso concreto la impunidad o la punibilidad de la conducta de un sujeto que interviene junto con otros en la comisión de un delito, o un distinto marco penal aplicable. Resulta fundamental, por tanto, encontrar los criterios que nos permitan delimitar lo más claramente posible el ámbito de lo punible en la cointervención delictiva.

3 Partiendo de un sistema diferenciador(3), que es el que habitualmente se sostiene en nuestros ordenamientos y que está basado en el principio de accesoriedad, la primera cuestión a debatir es qué formas de intervención son las principales (que derivan su responsabilidad penal directamente de los tipos de la parte especial) y cuáles las secundarias (cuya punibilidad accesoria se configura por referencia al hecho principal). Y ello porque no existe la participación en sí, sino solo participación en el hecho de otro.

4 Hay que dejar claro que ello no tiene nada que ver con el marco penal a imponer. Así, por ejemplo, el hecho de que la complicidad primaria sea reprimida con la misma pena que la autoría aún no nos dice nada de su naturaleza.

(3) Sobre las distintas consecuencias a que se llega desde un sistema diferenciador y desde un sistema unitario puede verse LÓPEZ PEREGRÍN, C., *La complicidad en el delito*, pp. 29-111. Resumidamente, puede decirse que el sistema unitario (tanto en su versión "formal" –que acoge, por ejemplo, el Código Penal italiano en su artículo 110–, como en la denominada "funcional" –como la prevista en el parágrafo 12 del Código Penal austriaco–) se caracteriza por realizar una interpretación amplia del tipo (es directamente típica cualquier conducta de intervención causal –o imputable– en el delito) y por su renuncia al principio de accesoriedad, defendiendo por el contrario la responsabilidad autónoma de todos los intervinientes en el hecho punible. Esta teoría simplifica, pues, el tratamiento de la codelincuencia en la medida en que evita complicadas diferenciaciones entre las categorías dogmáticas de autoría y participación e impide la aparición de lagunas de punibilidad que pueden generarse por razones puramente dogmáticas (como podría ocurrir, por ejemplo, en el supuesto en que un *extraneus* ejecute un delito especial propio inducido por un *intraneus*), pero a veces convierte en punibles conductas muy alejadas de la lesión del bien jurídico protegido (por ejemplo, en el ámbito de la imprudencia). Por el contrario, un sistema diferenciador parte de la existencia de autores y partícipes y se basa en la dependencia de los segundos respecto de los primeros, lo que se traduce en la práctica en: a) la necesidad de diferenciar ya en el tipo unas figuras de intervención de otras; y b) la existencia de un conjunto de exigencias que deben darse en el hecho del autor (que haya alcanzado al menos el grado de tentativa, que sea típico y antijurídico, que sea doloso, que reúna las cualidades exigidas en el tipo si se trata de un delito especial) para que pueda derivarse responsabilidad penal para el partícipe (principio de accesoriedad). La elección de un sistema u otro depende del legislador, pero a veces este no deja demasiado clara su opción. En cualquier caso, creo que es preferible un sistema diferenciador. Con ello estamos decidiéndonos por una interpretación restrictiva de los tipos, más fácilmente conciliable con el principio de intervención mínima y el de legalidad, por permitir una delimitación más exacta y estricta de las conductas típicas.

En efecto, la diferencia entre autor y partícipe no proviene del marco penal previsto, sino de la dependencia del segundo respecto del hecho principal cometido por el primero. Así, desde el principio de accesoriedad limitada se afirma que un partícipe solo responderá penalmente si contribuye a un hecho del autor que constituye una conducta típica, antijurídica y dolosa.

En lo que ahora nos interesa, ¿es el cómplice primario un autor o un partícipe? ¿Y en qué se diferencia del cómplice secundario? La respuesta a estas preguntas depende, obviamente, de la teoría que sobre la autoría se mantenga. 5

Así, si se parte de un concepto extensivo de autor, habrá de considerarse que toda conducta que tiene relevancia causal en el resultado es constitutiva de autoría. En consecuencia, si los defensores de esta teoría ofrecen algún criterio delimitador entre autoría y participación (considerada también como auténtica autoría) es solo por imposición legal, en la medida que la mayoría de los ordenamientos otorgan consecuencias jurídicas diferentes a cada una de estas formas de intervención en el delito(4). Las previsiones legales sobre la participación serían, así, consideradas como meras causas de restricción de la pena: cualquier contribución causal sería de autoría, salvo que constituyera inducción o complicidad. Con esta interpretación se pretendía principalmente dar una explicación satisfactoria a la figura del autor mediato, difícilmente conciliable con el concepto objetivo-formal vinculado a la realización de propia mano de actos ejecutivos, imperante en ese momento(5). 6

(4) Como ocurre en el artículo que ahora comentamos, que prevé la posibilidad de disminuir la pena al cómplice secundario.

(5) Hasta ahí, sin embargo, llegan las coincidencias entre las posturas mantenidas por los defensores del concepto extensivo, pues en relación al concreto criterio de delimitación entre autor y partícipe estas se dividen en dos grandes grupos. Según la versión *extensivo-subjetiva*, ampliamente mayoritaria, si toda condición del resultado es en el plano objetivo igualmente causal, la distinción entre autoría y participación solo sería posible en el plano subjetivo, atendiendo a la posesión de voluntad de autor (*animus auctoris*) o de partícipe (*animus socii*). Seguidores de esta teoría en Alemania (algunos de los cuales defenderán después la del dominio del hecho) fueron, entre otros muchos, BOCKELMANN, P., *Zur Entscheidung des RG 10., Febr.,1941*. En: *DR* 11, p. 988, y BOCKELMANN, P., "*Über das Verhältnis* von Täterschaft und Teilnahme". En *Strafrechtliche Untersuchungen*, p. 76; MEZGER, E., "Comentarios a los §§47 y ss.". En: *LK*, 1957, p. 252 (aunque en otras obras mantiene posturas diferentes); BAUMANN, J., "Mittelbare Täterschaft oder Anstiftung bei Fehlvorstellungen über den Tatmittler?". En: *JZ*, 1958, p. 231 ss.; BAUMANN, J., "Täterschaft und Teilnahme". En: *JuS*, 1963, p. 86 ss.; y BAUMANN, J., *Strafrecht, AT*, p. 561 ss.; y MAYER, H., *Strafrecht, AT, Studienbuch*, p. 161. El criterio para definir el *animus socii*, fundamentador de la complicidad, varía según el autor, aunque generalmente se identifica con el querer el hecho como ajeno y no como propio (MAYER), con la sumisión o subordinación de la propia voluntad a la voluntad de otro o teoría del dolo (BOCKELMANN) o con la actuación en interés ajeno o teoría del interés (BAUMANN). En la discusión doctrinal alemana es muy frecuente encontrar alusiones a dos sentencias que se resolvieron de acuerdo a la teoría del interés: el Badewannenfall (resuelto por el RG en sentencia de 19/02/40, en la que se cas-

7 Sin embargo, una vez que un determinado ordenamiento recoge expresamente en su articulado la figura de la autoría mediata (como hace el Código Penal peruano en el artículo 23), el mantenimiento de un concepto extensivo se hace innecesario y sería incluso contraproducente[6]. Parece pues preferible un concepto restrictivo de autor, más fácilmente conciliable con los principios de intervención mínima y de legalidad, por permitir una delimitación más exacta y estricta de las conductas típicas, que una consideración amplia de la autoría en la que se incluya cualquier intervención causal en el delito[7].

8 Para el concepto restrictivo de autor, la autoría se limita a la conducta descrita en los tipos de la parte especial, siendo la participación causa de extensión de la punibilidad. La concepción correcta de la autoría radica, pues, en la *realización* del tipo, no en su *causación*.

---

tigó como cómplice de asesinato a la mujer que había ahogado con sus propias manos a un recién nacido, por considerar que actuaba en interés de su hermana, madre del niño, que le había pedido que lo matara) y el caso Stachynskij (sentencia de 19/10/62 –comentada por SAX, W., "Der Bundesgerichtshof und die Täterlehre. Gedanken zum Stachynskij-Urteil". En: *JZ* 18, 1963, p. 329 ss.– en la que el *BGH* consideró cómplice al agente secreto que mató a dos exiliados políticos por orden de una autoridad soviética). En España pueden encontrarse algunas sentencias del Tribunal Supremo en las que la calificación de autoría se vincula a la posesión de *animus auctoris*, aunque generalmente no se utiliza como criterio único. Por su parte, los defensores de la segunda variante del concepto extensivo de autor, la **extensivo-objetiva**, parten también de la teoría de la equivalencia de las condiciones y, sin embargo, no niegan (como en la versión extensivo-subjetiva) la posibilidad de encontrar en el plano objetivo el criterio diferenciador entre autoría y participación, criterio que se asocia generalmente a la mayor o menor importancia objetiva de la contribución al hecho. Sobre el concepto extensivo-objetivo ver, por todos, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría en Derecho penal*, p. 259 ss.

(6) Contra el concepto extensivo se han vertido abundantes críticas, principalmente en contra del fundamento causal de la autoría. En concreto, respecto a su versión subjetiva, se indica además que es inaceptable la circunstancia de que, según esta teoría, un sujeto responsable que realice todos los actos ejecutivos pueda ser considerado un mero cómplice, renunciándose de esta forma a los criterios objetivos definidos en la ley, a favor de otros criterios subjetivos, vagos y de difícil prueba. En cuanto a la versión objetiva, se le achaca ser incongruente con sus propios presupuestos teóricos, ya que se pretenden establecer diferencias objetivas entre las aportaciones cuando previamente se ha afirmado que es precisamente la igualdad objetiva causal de éstas lo que convierte a todos los intervinientes en coautores. Críticamente, y recogiendo extensamente las críticas realizadas por otros autores, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría en Derecho penal. Op. Cit.*, pp. 271-287, 316-320, 323-326 y 326-348.

(7) Por las mismas razones de contradicción con la función garantista del tipo, habría que negar también la aplicación de la *doctrina del acuerdo previo*, variante de la teoría extensivo-subjetiva desarrollada por el Tribunal Supremo español para definir la autoría y según la cual es autor quien forma parte de la resolución conjunta de ejecutar el hecho y presta su auxilio personal para la realización del plan concertado, sea cual sea la forma concreta en que se materializa dicho auxilio. Críticamente sobre esta doctrina puede verse LÓPEZ PEREGRÍN, C., *La complicidad en el delito. Op. Cit.*, pp. 373-378.

Desde esta perspectiva cabe destacar, en primer lugar, la teoría objetivo-formal clásica, que caracteriza al autor como aquel sujeto que ejecuta la acción descrita en el tipo: se caracteriza, pues, por la vinculación de la autoría a la realización de actos ejecutivos en el sentido de la tentativa. El autor realiza acciones ejecutivas; el partícipe, solo actos preparatorios o de mero auxilio durante la ejecución[8]. Desde este punto de vista, el cómplice primario no podría ser considerado nunca un autor (ni el cómplice secundario, claro está), dado que su contribución se limita a "prestar auxilio" (necesario o no) a quien ejecuta el delito[9]. 9

Sin embargo, en los años 30 del siglo XX apareció una teoría que ha ido desplazando a la objetivo-formal y se ha ido imponiendo cada vez más: la teoría del dominio del hecho[10]. Según esta teoría, el criterio más seguro para definir el concepto de autor sería ciertamente la referencia a la "realización del tipo", pero esta tendría lugar no cuando se ejecuta la acción (como defendía la teoría objetivo-formal), sino cuando el sujeto domina el curso del acontecer típico. 10

La teoría del dominio del hecho es considerada habitualmente como una teoría objetivo-subjetiva porque se refiere tanto a la existencia de una posición objetiva que determine un efectivo dominio (como situación real en la que con 11

(8) Esta teoría, dominante en Alemania entre las décadas del diez y del treinta del siglo XX, tuvo destacados partidarios como Beling o Von Liszt). Véase, al respecto, Díaz y García Conlledo, M., *La autoría en Derecho penal. Op. Cit.*, pp. 411-534.

(9) La crítica más extendida contra esta postura se relacionaba con su supuesta incapacidad para explicar la figura del autor mediato por tratarse de un supuesto en el que el hombre de atrás utiliza como instrumento a otro sujeto, que es quien ejecuta el delito. Sin embargo, esta crítica solo es aplicable a quienes defiendan un concepto de ejecución basado en la realización física, directo-corporal de la acción ejecutiva, lo cual no es extensible (en contra de lo que pretenden sus detractores) a todos los defensores de la teoría objetivo-formal. Por el contrario, es perfectamente posible defender un concepto amplio de ejecución que permita afirmar que también el autor mediato ejecuta (mediatamente) el hecho. En este sentido Beling, E., *Die Lehre vom Verbrechen*, p. 246 ss.), quien, con base en el uso del lenguaje, consideraba que también el autor mediato "ejecutaba" el tipo a través de otro. Y en España, Vives Antón, T., *Libertad de prensa y responsabilidad criminal. La regulación de la autoría en los delitos cometidos por medio de la imprenta*, p. 181 ss. (aclarando que no hay que confundir ejecución "directa" con ejecución "inmediata", de manera que es perfectamente posible contribuir directamente al hecho de manera mediata).

(10) Los seguidores de esta teoría en Alemania y en España son muy numerosos (véase al respecto Díaz y García Conlledo, M., *La autoría en Derecho penal. Op. Cit.*, pp. 545-696); sin embargo, quien mejor ha desarrollado el concepto de dominio del hecho ha sido, sin duda, Roxin, quien en 1963 revolucionó la doctrina con su obra *Täterschaft und Tatherrschaft* (traducida al español de la séptima edición alemana como *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid-Barcelona, 2000).

su comportamiento el sujeto puede dejar correr o interrumpir el delito), como a la necesidad de que se dé una voluntad consciente de realizar el hecho[11].

12 Esta teoría contempla, pues, al autor como aquel que domina el hecho, es decir, al que juega un papel determinante en la realización del tipo. Según la concepción mayoritaria, el dominio del hecho puede manifestarse de tres formas diferentes. En primer lugar, puede consistir en un *dominio de la acción*, entendido como realización directa e inmediata de todos los elementos del tipo doloso[12]. En segundo lugar, puede tratarse de un *dominio de la voluntad* del que actúa, como instrumentalización de un sujeto constitutiva de autoría mediata[13]. Y, por último, puede ser un *dominio funcional* del hecho, fundamentador de la coautoría y basado en la correalización en fase ejecutiva, según división del trabajo, de una parte esencial del plan delictivo[14].

(11) Es este último elemento subjetivo el que, de un lado, nos muestra la íntima relación entre la teoría del dominio del hecho y la teoría final de la acción formulada por WELZEL; y, de otro, impide la aplicación de aquella a los delitos imprudentes. La defensa de un concepto restrictivo de autor en los delitos dolosos frente al recurso a uno causal-extensivo en los delitos imprudentes ha sido precisamente una de las críticas más frecuentes a la teoría del dominio del hecho. Así, por ejemplo, en España, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., "Comentarios a los artículos 12-17". En: CÓRDOBA RODA, J. / RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código Penal*. Tomo I, pp. 814-815; VIVES ANTÓN, T., *Libertad de prensa y responsabilidad criminal. La regulación de la autoría en los delitos cometidos por medio de la imprenta. Op. Cit.*, p. 141; BACIGALUPO ZAPATER, E., "La distinción entre autoría y participación en la jurisprudencia de los tribunales y el nuevo Código Penal alemán". En: *Estudios penales. Libro homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, p. 31; LUZÓN PEÑA, D., "La 'determinación objetiva del hecho'. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado". En: *ADP* 42, 1989, p. 890 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría en Derecho penal. Op. Cit.*, p. 132, n. 315; RODRÍGUEZ DEVESA, J., *Derecho penal español. Parte general*, p. 797; y COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T., *Derecho penal. Parte general*, p. 671.

(12) ROXIN, C., *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 127 ss.

(13) Para ROXIN realiza el tipo doloso, aunque no lo ejecute directamente, quien coacciona al autor directo, quien crea o se aprovecha de un error de este y quien utiliza para cometer el delito inimputable o aparatos organizados de poder (ibídem, p. 141 ss.).

(14) ROXIN, C., "Die Mittäterschaft im Strafrecht". En: *JA* 11, p. 519 ss., y ROXIN, C., *Täterschaft und Tatherrschaft. Op. Cit.*, p. 275 ss. El criterio del dominio del hecho, sin embargo, no es un criterio válido para determinar la autoría en todo tipo de delitos. Corresponde a ROXIN el mérito de haber concretado el contenido del dominio del hecho y de haber limitado su ámbito de aplicación a los llamados delitos de dominio. En su opinión, quedan excluidos de estos los delitos de infracción del deber (en los que ROXIN incluye los delitos especiales –ROXIN, C., *Täterschaft und Tatherrschaft. Op. Cit.*, p. 352 ss.– y los de comisión por omisión –ROXIN, C., *Täterschaft und Tatherrschaft. Op. Cit.*, p. 458 ss.–, y en los que es autor el sujeto que lesiona el deber específico, o sea y respectivamente, el *intraneus* o el garante); los delitos de propia mano (en los que solo puede ser autor aquel que realiza directamente la acción típica –ROXIN, C., *Täterschaft und Tatherrschaft. Op. Cit.*, p. 399 ss.–); y los delitos imprudentes (que hasta la tercera edición de su obra *Täterschaft* eran considerados delitos de infracción del deber, y después fueron reconducidos al ámbito de la imputación objetiva por considerar ROXIN que los problemas que se plantean en ellos pertenecen a dicha sede, más que a la de la autoría).

Desde esta perspectiva, el cómplice primario podría ser considerado un 13
autor, ya que al desplazarse la atención (en exclusiva) respecto de quien ejecuta el tipo hacia quien realiza una parte esencial del plan, está claro que quien presta un auxilio "sin el cual no se hubiere perpetrado el hecho punible" tendrá el dominio funcional del hecho, aunque no haya realizado ningún elemento del tipo.

En efecto, desde esta teoría la coautoría es la realización conjunta de un 14
delito por varias personas, incluyendo tanto la *coautoría ejecutiva directa* (todos realizan todos los actos ejecutivos: en un homicidio todos apuñalan) como la *coautoría ejecutiva parcial* (se produce un reparto de tareas ejecutivas: en un robo a mano armada uno sostiene la pistola mientras otro coge el botín) (y esto es lo específico de esta teoría) y también aquellos sujetos que, sin realizar materialmente el hecho, contribuyen a él de manera esencial (*coautoría no ejecutiva*), dominando funcionalmente el hecho (por ejemplo, el cerebro de la banda). Se trata de casos en que se produce un reparto de papeles: serán autores entonces por dominio funcional del hecho aquellos que tienen una función esencial, aunque no realicen actos ejecutivos. Porque, al ser una contribución esencial (como organizar el golpe), están decidiendo también el sí y el cómo de la realización del delito (que es precisamente lo que define a quien domina el hecho delictivo).

Volviendo a la regulación legal en Perú, ¿implica la descripción que lleva 15
a cabo el artículo 25 de la figura del cómplice primario la asunción de la teoría del dominio del hecho? Desde luego, la circunstancia de que el artículo 23 defina al autor como aquel que (directa, mediata o conjuntamente) *realiza* el hecho punible (en vez de usar el verbo *ejecutar*) podría interpretarse como un argumento a favor de tal afirmación. Sin embargo, que una teoría sea *compatible* con una determinada regulación legal no implica de por sí que sea la más *adecuada* político-criminalmente.

En efecto, la teoría del dominio del hecho es muy recomendable para aque- 16
llos ordenamientos jurídicos que (como el alemán) no contemplan la figura del cómplice primario[15], sobre todo si acogen un sistema de atenuación obligatoria de la pena del cómplice (secundario) en la medida que sin dicha teoría, una contribución no ejecutiva pero importante al hecho o se considera

(15) Sea cual sea su denominación: en España se le denomina cooperador necesario, pero su definición es casi idéntica, pues "se consideran autores" (a efectos de imponerles el mismo marco penal previsto para la autoría), los que cooperan a la ejecución del hecho "con un acto sin el cual no se habría efectuado".

autoría (lo cual no sería posible desde la teoría objetivo-formal) o debe recibir una pena atenuada.

17 Sin embargo, en los ordenamientos en los que se prevé una figura intermedia (como la del cómplice primario) que puede recibir el marco penal del autor aunque no se le considere como tal, la doctrina del dominio del hecho, en el sentido de que es habitualmente entendida por sus defensores, no solo no es necesaria, sino que, además, es incapaz de explicar satisfactoriamente esta figura[16].

18 En realidad, los problemas que plantea la aplicación del dominio funcional del hecho provienen de la pretensión de trasladar directamente a nuestras legislaciones una teoría desarrollada en Alemania para una regulación legal diferente, caracterizada precisamente por no disponer de una figura similar a la del cómplice primario. La idea del dominio funcional nació en Alemania, principalmente, para poder imponer la pena del autor a sujetos que, de lo contrario, solo podrían ser considerados cómplices y castigados con la pena atenuada. En otras regulaciones, como la de Perú o España, dicha posibilidad se prevé legalmente, lo que nos permite imponer el marco penal de la autoría a supuestos graves de participación sin tener que extender innecesariamente el concepto de coautor[17]. Porque aplicar, sin matices, la teoría del dominio del hecho en nuestros países sería, en mi opinión, una extensión inadmisible de

(16) Así, si se define la autoría como la realización de una aportación esencial, cuya ausencia determina el desbaratamiento del plan no se entiende por qué el cómplice primario no es siempre autor (cuando su descripción legal coincide casi literalmente con la definición del dominio funcional). Si, por el contrario, se interpreta que siempre es autor, entonces lo que no se explica es por qué el legislador no la ha incluido expresamente entre las conductas de autoría. Y tampoco sería convincente, en mi opinión, una tercera vía, en el sentido de defender que la complicidad primaria alberga tanto formas de autoría (cuando la contribución se actualiza en fase ejecutiva) como de participación (el resto), como pretenden en España respecto al cooperador necesario, por ejemplo, Cerezo Mir, J., "La polémica en torno al concepto finalista de autor en la ciencia del Derecho penal española". En: *Problemas fundamentales del Derecho penal*, p. 177, o Gómez Rivero, M., "Regulación de las formas de participación intentada y de la autoría y participación". En: *La Ley* 1996-1, p. 1627. Y ello no solo con base en una interpretación literal (desde luego, mucho más conforme con una consideración global de esta figura), sino porque además resulta conveniente reducir al máximo el ámbito de la autoría en vez de ampliarlo utilizando criterios vagos e imprecisos, sobre todo cuando la regulación actual no deja lagunas de punibilidad (la autoría mediata se recoge expresamente y las conductas graves de complicidad reciben el mismo marco penal de la autoría).

(17) Así, también, Ruiz Antón, L., *El agente provocador en el Derecho penal*, pp. 117 y 172; González Cussac, J. / Mira Benavent, J., "Autoría o participación en determinados supuestos de vigilancia comentarios a la STS de 21 de febrero de 1989". En: *PJ* Nº 27, 1992, p. 193; y Cobo del Rosal, M. / Vives Antón, T., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 672.

la tipicidad más allá de sus límites formales, no justificada por ninguna clase de razón de justicia material[18].

En mi opinión, autor solo puede ser quien (mediata o inmediatamente, 19
solo o junto con otros) realiza el tipo de forma que el resultado le sea imputable, es decir, quien directamente se enfrenta a la norma prohibitiva realizando el injusto típico. Y no realiza el tipo ni infringe directamente la norma penal quien realiza una aportación esencial, sino solo quien, de forma inmediata o utilizando a otro como instrumento, realiza un acto típico. De esta forma, la referencia a la tipicidad permite garantizar una mayor certeza y seguridad jurídicas en la delimitación de la que hemos considerado como única figura de responsabilidad autónoma por delito, la autoría, quedando las formas de participación como supuestos de ampliación de la punibilidad en relación al tipo (al margen de que puedan tener el mismo marco penal del autor u otro atenuado). La realización de aportaciones de gran trascendencia cuando es otro quien realiza la acción típica podrá justificar, desde luego, la imposición del marco penal del autor, ya que el sujeto realiza una conducta ciertamente cercana a la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico, pero no su consideración como figura central del delito. El cómplice primario puede cubrir perfectamente el adecuado tratamiento de estos casos.

En consecuencia, el dominio del hecho no debería ser considerado el crite- 20
rio definidor de la autoría *en nuestro contexto legal actual*. Sin embargo, sí puede entenderse como principio rector o explicación material del concepto de autor. El dominio sería, así, más que un criterio de autoría, la razón dogmática por la que se equiparan a la autoría directa individual la autoría mediata y la coautoría, el principio material que explica por qué el legislador considera equivalentes dichas conductas. El dominio ha de entenderse, entonces, no como dominio negativo, en el sentido de que la retirada de la aportación desbarate el plan (pues entonces habría que incluir al cómplice primario), sino como dominio objetivo y positivo referido a la realización de la acción típica. De esta forma

(18) Así, también, Ruiz Antón, L., *El agente provocador en el Derecho penal. Op. Cit.*, p. 117; Díaz y García Conlledo, M. / De Vicente Remesal, J., "Autoría o participación en determinados supuestos de vigilancia comentarios a la STS de 21 de febrero de 1989". En: *PJ* Nº 27, 1992, pp. 207-209; González Cussac, J. / Mira Benavent, J., "Autoría o participación en determinados supuestos de vigilancia comentarios a la STS de 21 de febrero de 1989". *Op. Cit.*, p. 194; Peñaranda Ramos, E. / Suárez González, C., "Autoría o participación en determinados supuestos de vigilancia comentarios a la STS de 21 de febrero de 1989". En: *PJ* Nº 27, 1992, p. 197; González Rus, J., "Autoría única inmediata, autoría mediata y coautoría". En: *Problemas de autoría*, p. 83 ss.; Cobo del Rosal, M. / Vives Antón, T., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 672; y Vives Antón, T. y otros, *Comentarios al Código Penal de 1995*, p. 281. Otras críticas pueden verse en Díaz y García Conlledo, M., *La autoría en Derecho penal. Op. Cit.*, p. 639 ss.

habrá que entender la coautoría, pues la fundamentación del codominio en la división de las aportaciones esenciales, desvinculada de la realización (mediata o inmediata) del tipo, no puede delimitar adecuadamente la coautoría de la complicidad primaria[19].

21 Aceptamos así el criterio del dominio objetivo y positivo (o determinación objetiva y positiva del hecho) desarrollado por LUZÓN PEÑA y sus discípulos DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO[20]. Desde su concepción, que compartimos casi totalmente, dominar positivamente el hecho significa que la conducta "marca o configura decisivamente y sin dejar libre capacidad de respuesta el curso del acontecer típico (el curso causal), fija el sí y el cómo del mismo, e impulsa forzosamente o desvía las cosas en una determinada dirección, concretamente hacia la producción del resultado"[21]. Dicha determinación objetiva es más que la mera capacidad de impedir el hecho con una actividad positiva[22]. Pero también es más que el simple dominio negativo del hecho, que posee el cómplice primario, como posibilidad de impedir el delito dejando de realizar su aportación.

22 Si en la autoría directa individual se da el dominio objetivo y positivo cuando su acción "sin ninguna intervención ulterior de terceros determina fácticamente el curso del suceso hacia la producción del resultado", en la coautoría se dará cuando varias acciones unidas determinen el acontecer típico[23]. Es por eso por lo que la determinación objetiva se vincula necesariamente a

(19) Esta interpretación permite, por otro lado, dar un sentido material y no solo formal a la coautoría, en concordancia con la aceptación de la autoría mediata, pues hay que reconocer que la idea del dominio del hecho a través del dominio de la voluntad del instrumento (además de ser una de las razones fundamentales del éxito histórico de la teoría del dominio del hecho) constituye la herramienta fundamental para delimitar la autoría mediata de la inducción (ver, al respecto, GÓMEZ RIVERO, M., *La inducción a cometer el delito*, p. 214 ss.).

(20) LUZÓN PEÑA, D., "La 'determinación objetiva del hecho'. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado". *Op. Cit.*, pp. 889-913; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría en Derecho penal. Op. Cit.*, p. 707 ss., aunque su postura se va exponiendo prácticamente a lo largo de toda la obra. Dichos trabajos, sobre todo el de LUZÓN, se dirigen a encontrar una base común a la autoría en delitos dolosos e imprudentes que permita precisar el concepto de "realización" del tipo en los delitos de resultado. Dicha base objetiva estará constituida por "un dominio objetivo o control objetivo del hecho, que concurrirá con independencia de la voluntad del agente si la conducta está objetivamente en condiciones de dominar, controlar o determinar el curso de los acontecimientos hacia el resultado y (...) efectivamente lo hace" (LUZÓN PEÑA, D., "La 'determinación objetiva del hecho'. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado". *Op. Cit.*, pp. 892-893).

(21) LUZÓN PEÑA, D., "La 'determinación objetiva del hecho'. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado". *Op. Cit.*, p. 895.

(22) Pues dicho poder lo tiene cualquier conocedor del plan delictivo, simplemente avisando a la víctima o a la Policía.

(23) LUZÓN PEÑA, D., "La 'determinación objetiva del hecho'. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado". *Op. Cit.*, p. 898.

la realización (mediata o inmediata) de acciones típicas. Porque las acciones que no realizan (parcial o totalmente) el tipo solo pueden suponer un dominio negativo del hecho.

Imaginemos un caso en el que un sujeto se ha comprometido con otros a realizar una aportación esencial que no constituye un acto típico (por ejemplo, la entrega por el director de la sucursal bancaria de la clave de la caja fuerte, o la preparación por el experto en explosivos de la complicada bomba terrorista). Si este sujeto deja de prestar dicha contribución, puede que no sea posible la comisión del delito tal y como estaba prevista (por eso constituye complicidad primaria) pero, a la inversa, su efectiva intervención no determina positivamente el hecho (ni la entrega de la clave constituye ya robo, ni la fabricación de la bomba, asesinato). El autor depende de la aportación del cómplice necesario, pero una vez realizada esta, la comisión del delito queda totalmente en manos de quien realiza el tipo[24]. 23

La coautoría tendrá lugar, entonces, cuando varios sujetos, con base en una acordada división del trabajo, determinen objetiva y positivamente de forma conjunta la acción (o acciones) típica(s), o cuando cada uno de ellos (co) determine, en ejecución del plan común, una de las varias acciones descritas en el tipo. Es el dominio funcional (entendido como determinación objetiva y positiva conjunta de los actos típicos) el que, unido al acuerdo previo, explica la razón por la que se imputa el hecho total en autoría a sujetos que solo realizan una parte del tipo[25]. En mi opinión, esta interpretación, al ofrecer una definición de la autoría en relación a la realización de actos típicos, permite mantener un concepto restrictivo de autor respetuoso del principio de legalidad[26]; y, al dar una explicación material de la autoría desde el dominio objetivo y positivo del hecho, evita un excesivo formalismo. 24

En cualquier caso, merece la pena detenerse un momento en una acusación que se realiza habitualmente contra la teoría objetivo-formal, y que podría mantenerse también frente a la postura aquí sostenida, referente a su 25

(24) Díaz y García Conlledo, M., *La autoría en Derecho penal. Op. Cit.*, p. 670.

(25) Así también Ruiz Antón, agente provocador, 1982, pp. 171-172; y Díaz y García Conlledo, La autoría, 1991, p. 663. Así también Ruiz Antón, L., *El agente provocador en el Derecho penal. Op. Cit.*, pp. 171-172; y Díaz y García Conlledo, M., *La autoría en Derecho penal. Op. Cit.*, p. 663.

(26) En el mismo sentido, Díaz y García Conlledo, M. / De Vicente Remesal, J., "Autoría o participación en determinados supuestos de vigilancia comentarios a la STS de 21 de febrero de 1989". *Op. Cit.*, p. 204. El mayor acierto de la teoría objetivo-formal fue –y es–, precisamente, el poner de manifiesto, frente a la teoría subjetiva, la necesaria vinculación entre el concepto de autor y la acción típica, como demuestra la circunstancia de que desde opiniones diferentes, como la teoría del dominio del hecho, se reconozca que quien realiza todos los elementos del tipo es generalmente autor.

incapacidad para calificar como coautores a sujetos que contribuyen al hecho de forma esencial, pero sin realizar actos típicos[27]. En efecto, suele recurrirse, como ejemplo, a la aportación del "jefe" o el "cerebro" de la banda. Otros autores extienden la crítica, además, a los casos de utilización delictiva de aparatos organizados de poder[28].

26 Desde luego, es cierto que vinculando el concepto de autor a la realización (directa o a través de un instrumento) del tipo dichos supuestos no podrían calificarse de autoría. Pero discrepamos en cuanto a que esta consecuencia sea necesariamente una solución injusta, pues, por muy graves que sean estas conductas, nunca podrán ser equiparables a la realización de la acción típica. En relación, por ejemplo, al "cerebro" de la banda, el esfuerzo dogmático desarrollado para incluirlo entre los coautores podrá tener sentido en Alemania, donde, insistimos en ello, si no se le califica de autor o inductor, la única alternativa es castigarle, como cómplice, con la pena atenuada. Los Código Penales español y el peruano ofrecen, por el contrario, una tercera vía pues, de ser imposible la calificación de la conducta como inducción, cabrá generalmente el recurso a la complicidad primaria (cooperación necesaria en España), imponiéndose el marco penal del autor sin tener que extender el concepto de coautoría[29].

(27) Así, por ejemplo, en Alemania JESCHECK, H., *Tratado de Derecho penal. Parte general.* Tomo II, p. 894; y ROXIN, C., *Täterschaft und Tatherrschaft. Op. Cit.*, p. 37; y en España, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., "Comentarios a los artículos 12-17". *Op. Cit.*, pp. 822-823; GÓMEZ BENÍTEZ, J., *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*, p. 123, y GÓMEZ BENÍTEZ, J., "El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)". En: *ADP* 37, 1984, p. 105; BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios generales de Derecho penal. Parte general*, p. 211; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal. Parte general*, p. 432; y MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 363.

(28) Esta última cuestión se planteó sobre todo a raíz de los crímenes cometidos por el nacional-socialismo en Alemania. Se entendió entonces que la solución más satisfactoria no podía ser considerar autor al ejecutor del delito (que incluso podía estar obrando en cumplimiento del deber), sino a los sujetos que dirigían las operaciones y que disponían de cientos de voluntarios –más o menos forzosos– para ejecutar las órdenes. Sin embargo, y a pesar de ese concreto origen histórico del problema, lo mismo se plantea en la actualidad con otro tipo de aparatos organizados de poder, como las mafias o determinadas organizaciones terroristas y, en general, en la llamada criminalidad organizada.

(29) En este sentido, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría en Derecho penal. Op. Cit.*, pp. 480-484 y 683; y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. / DE VICENTE REMESAL, J., "Autoría o participación en determinados supuestos de vigilancia comentarios a la STS de 21 de febrero de 1989". *Op. Cit.*, p. 206. Esta solución será satisfactoria en la mayoría de los supuestos, tanto en los casos de bandas como en los de utilización de aparatos organizados de poder ya que, por muy intercambiables que sean los sujetos, no dejan de ser ellos quienes cometen el delito, quienes, por ejemplo, aprietan el gatillo. Afirmar que quien da la orden no es inductor porque el ejecutor es un *omnimodo facturus* (GÓMEZ BENÍTEZ, J., "El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)". *Op. Cit.*, p. 113), es desconocer la esencia de la inducción, ya que el hecho de que un sujeto se muestre en general dispuesto a cumplir un tipo de orden, no impide que esta sea el elemento decisivo desencadenante y determinante del concreto delito a cometer. Y consideraciones del tipo "de no hacerlo ellos, otro

II. La distinción entre complicidad primaria y complicidad secundaria

Partiendo, pues, de que autor de un delito es únicamente quien, mediata 27
o inmediatamente, solo o junto con otros, realiza los actos típicos y de que, por consiguiente, tanto el cómplice primario como el secundario son partícipes, la delimitación entre ambas figuras solo puede llevarse a cabo determinando el alcance de la expresión un "auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado", elemento que es el que define a la complicidad primaria frente a la secundaria. La diferencia entre una y otra forma de intervención en el delito parece ser, por tanto, de intensidad en el grado de contribución al hecho principal, ya que la "cooperación" es un requisito común a ambas(30). En definitiva, pues, de lo que se trata es de explicar qué es lo que fundamenta el que una conducta de colaboración se vea favorecida por una rebaja "prudencial" de la pena. O, al revés, cuál es la razón que justifica la imposición del marco penal de la autoría a quien no lleva a cabo más que un acto de cooperación a la realización de un delito por otro sujeto.

En España, dado que el legislador usaba la expresión cooperación "nece- 28
saria" frente al de "mera complicidad", la doctrina se centró históricamente en determinar el grado de *necesidad* de la aportación, en relación a la ejecución del hecho, que permitiera hablar de cooperación necesaria. Se discutió entonces si había que atender a la necesidad concreta (la aportación sería necesaria cuando, sin ella, el hecho principal no se hubiera realizado tal y como se realizó), o a la necesidad en abstracto (la aportación sería necesaria cuando, sin ella, el hecho principal no se habría podido realizar de ningún modo). Pero pronto se llegó a la conclusión de que la necesidad no era un criterio muy útil si se llevaba a alguno de sus extremos. Así, si se atendía a la necesidad concreta, toda cooperación sería necesaria, pues cualquier aportación tendría influencia en la forma de aparición del resultado de manera que, sin ella, este no habría

miembro de la organización lo habría hecho" no dejan de ser plasmación de los juicios causales hipotéticos alternativos en mi opinión criticables, esto es, recurrir a lo que habría podido pasar y no a lo que efectivamente ha ocurrido. Críticamente también contra la posibilidad de apreciar automáticamente autoría mediata en los casos de utilización de aparatos organizados de poder, Hernández Plasencia, U., *La autoría mediata en Derecho penal*, p. 273 ss.

(30) En palabras de Rodríguez Mourullo (Rodríguez Mourullo, G., "Comentarios a los artículos 12-17". *Op. Cit.*, p. 880), en relación con la diferencia en España entre cooperación necesaria y complicidad, "(l)a aportación necesaria objetivamente no es un *alterius*, sino un *plus* en relación con la categoría genérica de actos de cooperación".

sucedido *exactamente del mismo modo*[31] (por ejemplo, tendría carácter de aportación necesaria la entrega de un cuchillo de cocina con el que, tres días después, el autor mata a la víctima). Y si, por el contrario, la necesidad se entendía desde un punto de vista abstracto, no existiría ninguna aportación necesaria, ya que siempre sería posible que el autor hubiera cometido el delito en otro momento y/o de otro modo (por ejemplo, la entrega de una complicada bomba de relojería con la que se provoca un asesinato no sería una aportación necesaria porque el autor podría haber matado a la víctima con veneno, o atropellándola, etc.)[32].

29 ¿Qué ha de entenderse entonces por cooperación *necesaria* o, en los términos que usa el legislador peruano, por complicidad *primaria*? ¿Lo es sujetar a la víctima mientras otro lo golpea o distraer al dependiente de una tienda mientras otro sustrae las mercancías? ¿Lo es la entrega de una pistola, o la de la clave de la caja fuerte de un banco para un robo? ¿Y suministrar información sobre dónde se puede conseguir droga o sobre quién está dispuesto a realizar un aborto ilegal o prestar dinero para pagarlo?

30 a) Uno de los criterios que podría sostenerse sería el de la "insustituibilidad", basado en la eficacia de los actos realizados en referencia al resultado, tal y como ha sido producido por el autor. Así, si la actividad llevada a cabo podría haber sido realizada por otro de los intervinientes, habría complicidad secundaria, mientras que reservaríamos la calificación de complicidad primaria para los casos en que ninguno de los intervinientes hubiera podido

(31) Así, también, CEREZO MIR, J., "Autoría y participación en el Código Penal vigente y en el futuro Código Penal". En: *Problemas fundamentales del Derecho penal*, p. 342; RUIZ ANTÓN, L., *El agente provocador en el Derecho penal. Op. Cit.*, p. 304; GÓMEZ BENÍTEZ, J., *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 538; RODRÍGUEZ DEVESA, J., *Derecho penal español. Parte general. Op. Cit.*, p. 817; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 293; COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 687; y QUINTERO OLIVARES, G., *Curso de Derecho penal. Parte general (acorde con el Nuevo Código Penal de 1995)*, p. 490. En opinión de GIMBERNAT, sí sería posible encontrar alguna contribución que no sea condición del resultado concreto (como el reforzamiento de la voluntad delictiva). Pero habría otra crítica, en opinión de GIMBERNAT, más relevante: el hecho de que cualquier condición que haya influido en la configuración del resultado en concreto, a menudo de minúscula importancia, habría de merecer la pena del autor (GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en Derecho penal*, pp. 139-141).

(32) Críticamente también, GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en Derecho penal. Op. Cit.*, pp. 138-139; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., "Comentarios a los artículos 12-17". *Op. Cit.*, p. 872; CEREZO MIR, J., "Autoría y participación en el Código Penal vigente y en el futuro Código Penal". *Op. Cit.*, p. 342; RUIZ ANTÓN, L., *El agente provocador en el Derecho penal. Op. Cit.*, p. 304; RODRÍGUEZ DEVESA, J., *Derecho penal español. Parte general. Op. Cit.*, p. 817; COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 687; y QUINTERO OLIVARES, G., *Curso de Derecho penal. Parte general (acorde con el Nuevo Código Penal de 1995)*, p. 490.

sustituirle[33]. La cuestión fundamental sería, por tanto, determinar si las conductas eran o no intercambiables, siendo insustituible la aportación de aquel a quien, por sus particulares habilidades, se le reserva un determinado papel en el hecho (por ejemplo, porque es experto en conducir a gran velocidad para escapar tras la comisión del delito).

En mi opinión, lo más discutible de este criterio es el recurso a cursos cau- 31
sales hipotéticos alternativos. En efecto, desde su construcción, para decidir sobre si una conducta era o no imprescindible no basta con saber qué habría ocurrido si el primer conductor, siguiendo con el mismo ejemplo, se hubiera negado a conducir, sino, lo que plantea más dificultades, si otro hubiera o no podido hacerlo.

Pero además tampoco queda claro por qué una misma aportación puede 32
constituir complicidad primaria o secundaria dependiendo, por ejemplo, del número de sujetos que intervengan en el delito. Imaginemos que A y B sustraen mercancías, mientras C distrae al dependiente de la tienda. En este caso, siguiendo el criterio de la insustituibilidad, la conducta de C sería mera complicidad secundaria, ya que, de no haber intervenido este sujeto, cualquiera de los dos restantes hubiera podido cumplir su función mientras el otro tomaba las cosas. Y, sin embargo, si es solo un sujeto (A) el que, según el plan, sustrae mientras el otro (C) distrae al vendedor, la misma conducta (la de C) sería en este caso constitutiva de complicidad primaria, pues A no hubiera podido distraer al dependiente y sustraer al mismo tiempo.

b) Otro de los criterios de distinción que podría usarse sería el de la "apor- 33
tación imprescindible", según el cual habría que formular un juicio hipotético, porque es la propia ley la que impone averiguar si el hecho se habría realizado sin la aportación de que se trate[34]. Lo que habría que decidir, entonces, es si el autor, en las particulares circunstancias en las que se encontraba, tenía posibilidades de lograr, del modo que fuera, la ejecución del delito en ese momento concreto prescindiendo de la colaboración ajena.

Con ello se pretende evitar las dificultades prácticas que se derivan de 34
la formulación de juicios hipotéticos al referirlo, no "al mundo sin confines y al tiempo sin límites, sino al recortado mundo del autor en un momento

(33) Este fue el criterio sostenido en España por RODRÍGUEZ DEVESA, J., *Derecho penal español. Parte general. Op. Cit.*, p. 817.

(34) Criterio sostenido en España por RODRÍGUEZ MOURULLO, G., "Comentarios a los artículos 12-17". *Op. Cit.*, p. 873.

concreto"[35]. Sin embargo, en mi opinión no consigue explicar satisfactoriamente cómo ha de realizarse dicho juicio. No queda claro, por ejemplo, cómo calificar los actos de colaboración anteriores a la ejecución. En el caso de que, por ejemplo, A entregue a B una caja de bombones para que este los envenene y regale a X, si nos situamos en el concreto momento histórico en el que B le da el "regalo" a la víctima, está claro que sin la caja de bombones no le habría sido posible envenenar otro alimento en presencia de X y si no llevaba consigo otra arma (cosa bastante probable) ni le era posible atacarle frontalmente, no quedaría más remedio que concluir que la conducta de A constituye complicidad primaria. Esta solución se repetiría prácticamente para cualquier colaboración con actos anteriores, aunque se tratase de aportaciones de poca trascendencia para las que, objetivamente, no estuviera justificada la imposición del marco penal de la autoría. Parece, por tanto, que este criterio solo podría ofrecer alguna ayuda en la calificación de conductas de colaboración simultáneas a la ejecución.

35 c) Más fortuna tuvo en España (y bastante aceptación jurisprudencial) el "criterio de la escasez" que propuso GIMBERNAT ORDEIG en los sesenta. El principal mérito de su construcción es, a nuestro entender, el intento de evitar la formulación de juicios hipotéticos en la delimitación entre cooperación necesaria y complicidad. Trasladando este criterio a la regulación peruana, sería complicidad primaria aquella que consista en una aportación escasa, difícil de obtener, siempre que haya sido causal para el resultado; y complicidad secundaria la aportación abundante (causal o no), o el favorecimiento con una contribución escasa que no haya condicionado el resultado (y ello al margen de que el autor hubiera o no podido conseguir la aportación de otro modo)[36].

36 Para determinar la escasez o la abundancia, GIMBERNAT recurre en primer lugar a una *calificación provisional* desde un punto de vista general, en relación a un hombre medio (así, un bolígrafo es abundante, mientras que una pistola es un bien escaso). Pero después esta calificación provisional debe ser confirmada para el caso concreto, a la vista de las circunstancias del hecho, prevaleciendo en caso de discordancia el juicio concreto (de este modo, si el bolígrafo tenía que ser el del notario para que no se notara la falsificación, se considerará bien escaso, mientras que si la pistola se entrega a quien ya tiene otra, se calificará como bien abundante)[37].

(35) Ibídem, p. 875.

(36) GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en Derecho penal. Op. Cit.*, p. 159.

(37) Ibídem, pp. 155-158. En realidad, no se trata exactamente de un doble juicio, ya que GIMBERNAT da siempre primacía al examen de las circunstancias concretas. Lo que él denomina juicio general

37 Por último, y en relación a las conductas consistentes en un hacer, GIMBERNAT utiliza como criterios para determinar la escasez de la aportación, la inequívoca criminalidad de la conducta, su causalidad respecto al resultado y la consecución de la remoción de un obstáculo serio para el autor[38]. Así, una actividad que un sujeto normal (que desconoce el plan delictivo) no tendría inconveniente en llevar a cabo sería una conducta abundante y, por tanto, constitutiva de complicidad si es realizada por uno de los intervinientes en el delito (por ejemplo, trasladar en coche al autor al lugar de comisión del delito en una ciudad con servicio de taxis). Por el contrario, si la conducta prestada es claramente criminal (como la vigilancia durante el robo) sería según el criterio de la escasez, difícil de obtener y, por ello, constitutiva de complicidad primaria, siempre que fuera causal para el resultado.

38 Las críticas recibidas por la teoría de los bienes escasos en España suelen referirse, por un lado, a su grado de indeterminación y su falta de base legal[39] y, de otro, a que con ella se califica la conducta del colaborador no por la importancia de su propia contribución, sino por lo abundante o escasa que esta resulta *para el autor*[40]. Sin embargo, el hecho es que no se puede calificar jurídicamente una conducta al margen de su contexto. Y no resulta ni incorrecto ni injusto entender que una aportación merece una pena mayor si, en las circunstancias concretas –lo que incluye la situación del autor–, incrementaba sustancialmente el riesgo de que el delito se cometiera, que si solo facilitaba su ejecución[41].

---

o provisional es más bien un criterio orientativo para la calificación de la contribución al delito. Lo importante para GIMBERNAT, pese a sus propias palabras, no es, por tanto, si el bien es abundante o escaso para el hombre medio, sino la dificultad que el sujeto de que se trate tiene para obtenerlo en un determinado momento (esto es, si para el autor ese bien era abundante o no). Porque un bien que es escaso en general se convierte para GIMBERNAT en abundante por el hecho de que el autor no lo necesite en un caso concreto. Pero si lo decisivo es la concreta necesidad del bien "¿para qué sirve entonces el primer juicio general?" (RODRÍGUEZ MOURULLO, G., "Comentarios a los artículos 12-17". *Op. Cit.*, pp. 873-875, n. 11; en el mismo sentido RUIZ ANTÓN, L., *El agente provocador en el Derecho penal. Op. Cit.*, p. 306).

(38) GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en Derecho penal. Op. Cit.*, pp. 167-175.

(39) Así, por ejemplo, CEREZO MIR, J., "Autoría y participación en el Código Penal vigente y en el futuro Código Penal". *Op. Cit.*, pp. 342-343; GONZÁLEZ CUSSAC, J. / MIRA BENAVENT, J., "Autoría o participación en determinados supuestos de vigilancia comentarios a la STS de 21 de febrero de 1989". *Op. Cit.*, p. 195; DEL ROSAL BLASCO, B., "La inducción y la complicidad como formas de participación criminal punibles en el Código Penal". En: *Problemas de autoría*, p. 228; COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 688; QUINTERO OLIVARES, G., *Curso de Derecho penal. Parte general (acorde con el Nuevo Código Penal de 1995). Op. Cit.*, p. 491; y VIVES ANTÓN, T. y otros, *Comentarios al Código Penal de 1995. Op. Cit.*, p. 287.

(40) CEREZO MIR, J., "Autoría y participación en el Código Penal vigente y en el futuro Código Penal". *Op. Cit.*, p. 343; y RUIZ ANTÓN, L., *El agente provocador en el Derecho penal. Op. Cit.*, pp. 305-306.

(41) Ver, al respecto, *infra*, apartado f).

39 En mi opinión, la teoría de los bienes escasos tiene, además, una gran ventaja al aportar un criterio de delimitación entre complicidades primaria y secundaria que no implica el recurso a juicios hipotéticos irresolubles. En efecto, si una contribución era escasa en el caso concreto para el autor (una pistola, por ejemplo) porque le era difícil conseguirla, habrá complicidad primaria en la conducta de quien realizó dicha contribución (quien le dio la pistola), con independencia de la cuestión de si el autor *habría o no podido conseguirla de otro modo.*

40 d) Por su parte, ya hemos visto que los defensores de la teoría del dominio del hecho distinguen en los tipos de dominio tres situaciones fundamentadoras de autoría: el *dominio de la acción*, que tiene quien realiza de propia mano todos los actos ejecutivos; el *dominio de la voluntad*, que tiene el autor mediato; y, lo que ahora nos interesa más, el *dominio funcional*, que se da en los que actúan conjuntamente, repartiéndose partes esenciales del plan delictivo de forma que ninguno de ellos posee el completo dominio del hecho. Se trataría, pues, de un supuesto de división del trabajo según un plan común en contribuciones que, sin consistir necesariamente en la realización de un elemento del tipo, condicionan la ejecución del hecho. En esta última categoría podría incluirse la complicidad primaria, entendiéndola, por tanto, como un supuesto de *verdadera coautoría.*

41 Sin embargo, ya he puesto de manifiesto en el epígrafe anterior las razones por las que no comparto esta opinión. Si vuelvo a tratar ahora este tema es porque me interesa analizar los requisitos del dominio funcional no como criterio de autoría, sino con la finalidad de examinar si puede servirnos de alguna ayuda en la delimitación entre las complicidades primaria y secundaria. No se trata aquí, por tanto, de volver a repetir los argumentos a favor y en contra de la teoría del dominio del hecho, sino de resolver la cuestión de si el codominio funcional (negativo, por oposición al objetivo y positivo, que consideramos determinante para el concepto de autor) puede servirnos para definir la complicidad primaria *como forma de participación.*

42 La mayoría de los defensores de la teoría del dominio del hecho coinciden, como hemos visto, en fundamentar el dominio funcional en una división del trabajo entre varios sujetos en el marco de un plan común. Pero en la medida en que estos elementos, sin más precisiones, pueden darse también en supuestos de complicidad (secundaria), será necesario exigir algo más, un requisito ulterior que permita delimitar más exactamente este concepto. Se recurre entonces generalmente a la exigencia de que la contribución del coautor consista en la realización, según el plan delictivo, de una contribución *esencial*

para la comisión del delito[42]. Pero ¿en qué consiste dicha esencialidad? Esta cuestión es muy similar a la que plantea en Derecho español para la definición de la necesariedad de la cooperación, o en el Derecho peruano para la primariedad, y es precisamente por eso por lo que puede sernos útil la elaboración doctrinal en torno al dominio funcional. Varios han sido los criterios utilizados para definir cuándo una conducta es esencial o tan importante como para fundamentar coautoría desde la teoría del dominio del hecho.

Para algunos la esencialidad significa el poder de interrupción del delito. 43
En este sentido MAURACH entendió que tiene el dominio del hecho todo cooperador que se encuentra en la situación consciente de poder dejar correr o interrumpir la realización del tipo, según su voluntad[43]. Sin embargo, para ROXIN es preciso matizar la fórmula de MAURACH, interpretándola de manera que en la coautoría sea precisa la actuación de todos para que tenga lugar el hecho, pero sea suficiente la de uno solo para impedirlo. Dicho poder de interrupción no estaría referido, por tanto, a la posibilidad de hacer fracasar el delito mediante una acción positiva (por ejemplo, llamando a la policía), que en todo caso podría fundamentar responsabilidad penal por una omisión pura, sino a la de desbaratar el plan delictivo *simplemente dejando de prestar su contribución*[44]. Para otros, por el contrario, una aportación es esencial cuando con ella se decide sobre el sí y el cómo de la realización del hecho[45].

No haremos aquí referencia a las críticas que pueda merecer el dominio 44
del hecho como criterio de autoría, pues insistimos en que de lo que se trata ahora es de analizar si el dominio (negativo) puede caracterizar la complicidad

(42) Así, por ejemplo, en Alemania BOCKELMANN, P., *Strafrecht, AT*, p. 188; JESCHECK, H., *Tratado de Derecho penal. Parte general.* Tomo II, pp. 937-938; STRATENWERTH, G., *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, p. 251; ROXIN, C., *Täterschaft und Tatherrschaft. Op. Cit.*, p. 280; y en España CEREZO MIR, J., "La polémica en torno al concepto finalista de autor en la ciencia del Derecho penal española". *Op. Cit.*, p. 177; GÓMEZ BENÍTEZ, J., "El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)". *Op. Cit.*, p. 130 y GÓMEZ BENÍTEZ, J., *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 128; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 387; y MUÑOZ CONDE en MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, p. 435.

(43) MAURACH, R., *Tratado de Derecho penal.* Tomo II, p. 343.

(44) ROXIN, C., *Täterschaft und Tatherrschaft. Op. Cit.*, p. 280 y, en el mismo sentido, por ejemplo, STRATENWERTH, G., *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible. Op, Cit.*, p. 251. En España, utiliza el criterio de la capacidad de desbaratar el plan total GÓMEZ BENÍTEZ, J., "El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)". *Op. Cit.*, p. 129 y GÓMEZ BENÍTEZ, J., *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 539.

(45) LUZÓN PEÑA, D., "La 'determinación objetiva del hecho'. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado". *Op. Cit.*, p. 896. También para MUÑOZ CONDE (en MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 432), es autor del delito doloso "quien domina finalmente la realización del delito, es decir, quien decide en líneas generales el sí y el cómo de su realización".

primaria como forma de participación. En este sentido nos parece un criterio muy útil el del desbaratamiento del plan total, si bien es conveniente poner de manifiesto que su utilización puede plantear en la práctica la dificultad que produce la duda sobre si deben ser entendidos en abstracto o en concreto. Con un ejemplo, si A sujeta a X mientras B le golpea, para afirmar que A tiene el dominio (negativo), ¿es preciso que sin la conducta de A se desbaratara totalmente el plan (que B no pudiera agredir a la víctima de ninguna otra manera) o basta con que el plan no pudiera ejecutarse tal y como estaba previsto?

45 e) Las dificultades de delimitación entre las figuras de las complicidades primaria y secundaria pueden llevar a algunos a plantearse si, en vez de buscar nuevos criterios, no sería más práctico suprimir esta distinción y establecer una única figura de complicidad que prevea una atenuación facultativa de la pena, dejando que sea el juez en el caso concreto el que establezca según las circunstancias si el colaborador merece o no la pena prevista para la autoría[46]. En definitiva, imponer uno u otro marco penal en atención a criterios preventivo-generales y especiales.

46 Sin embargo, si la crítica que fundamenta estas propuestas es la inseguridad jurídica que se deriva de la actual situación, no vemos qué es lo que aportaría de positivo convertir esa inseguridad en absoluta libertad del juez. Las dificultades de delimitación entre ambas figuras no son razón suficiente para suprimir una de ellas. A nadie se le ocurriría defender que la solución a los problemas de delimitación entre los casos fronterizos entre el dolo eventual y la culpa consciente fuese dejar al arbitrio del tribunal castigar con la pena del delito doloso o facultativamente con la del delito imprudente. Si la delimitación no es clara, a la doctrina y la jurisprudencia corresponden proponer criterios diferenciadores con el máximo respeto posible al principio de legalidad (lo que, en todo caso, no excluye que en la distinción dogmática se tengan en cuenta criterios político-criminales, como el de la existencia de un mayor merecimiento de pena). Y, en la práctica, si existen dudas en la calificación de una conducta como complicidad primaria o secundaria, el principio *in dubio pro reo* adquiere toda su relevancia.

47 f) Toma de postura: la complicidad primaria como incremento sustancial del riesgo. La primera conclusión a la que podemos llegar, a la vista de todo lo expuesto, es que no es posible encontrar una única fórmula que delimite

(46) En España ha sostenido esta postura, por ejemplo, Cerezo Mir, J., "Autoría y participación en el Código Penal vigente y en el futuro Código Penal". *Op. Cit.*, p. 343.

exactamente el ámbito de la complicidad primaria, ya que ninguno de los criterios analizados permite dar una solución satisfactoria a todos los supuestos que se pueden plantear en la práctica. En consecuencia, nuestra propuesta consiste en ofrecer una serie de indicios objetivos que, desde consideraciones de merecimiento de pena, puedan justificar la calificación de una conducta como complicidad primaria.

El primer paso será establecer los límites máximo y mínimo de la complici- 48
cidad primaria, para delimitar el ámbito donde dichos indicios habrán de ser tenidos en cuenta. Establecer el límite máximo es relativamente fácil, pues ya hemos visto que la realización de actos típicos es exclusiva de la autoría(47). La complicidad primaria se caracteriza así, negativamente, como acción u omisión no directamente típica. Pero su delimitación respecto de la complicidad secundaria (esto es, establecer su límite mínimo) es una cuestión de mayor complejidad, sobre todo porque son más los aspectos que ambas figuras tienen en común, que aquellos que las diferencian.

En efecto, las complicidades primaria y secundaria, como formas de par- 49
ticipación, comparten el mismo fundamento de su punibilidad: la razón de extender la amenaza penal a sujetos que no realizan (mediata o inmediatamente) los actos típicos es que, al contribuir con sus conductas a la producción de la realización típica por el autor, lesionan o ponen en peligro (mediatamente) el bien jurídico(48). Y, como consecuencia, en ninguna de las dos figuras bastará con la intención de colaborar con el autor, sino que será preciso que sus aportaciones hayan sido causales para el resultado. Sin embargo, la causalidad es requisito necesario, pero no suficiente, para afirmar la tipicidad objetiva de la aportación del cómplice (primario o secundario) pues, además de contribuir causalmente a la producción del resultado (desvalor de resultado), aplicando los criterios de la imputación objetiva también a la participación, la conducta del cómplice habrá de elevar *ex ante* las probabilidades de éxito del autor y, con ello, las de lesión o puesta en peligro del bien (desvalor de acción)(49).

(47) Ya se lleven a cabo mediata o inmediatamente, solo o junto con otros, y siempre y cuando se den los demás requisitos (cualidad personal en los delitos especiales, posición de garante en los delitos de comisión por omisión, especiales elementos subjetivos del injusto, etc.).

(48) Más extensamente sobre el fundamento de la punibilidad de la participación, López Peregrín, C., *La complicidad en el delito. Op. Cit.*, pp. 113-162.

(49) La diferencia entre complicidad primaria y secundaria no es, por tanto, un problema de grado de causalidad, ya que en el plano ontológico todas las condiciones son equivalentes, sino de gravedad de la contribución prestada (lo que constituye una cuestión valorativo-normativa). Sobre la aplicación de la causalidad y la imputación objetiva a la complicidad, véase ibídem, pp. 165-359.

50 ¿Qué es, entonces, lo que diferencia a la complicidad primaria de la secundaria? Solo la medida del incremento del riesgo que sus aportaciones suponen, ya que, en última instancia, la distinción entre una y otra se fundamenta en criterios político-criminales de merecimiento de pena: a mayor incremento del riesgo, mayor gravedad de la pena.

51 Así, la complicidad secundaria habrá de ser idónea *ex ante* para favorecer la comisión del delito haciéndola más rápida, más segura o más fácil, o intensificando el resultado lesivo, mientras que la complicidad primaria habrá de suponer un incremento aún mayor del riesgo de lesión o puesta en peligro del bien jurídico por el autor, para justificar la imposición de un marco penal superior. Y dicho incremento sustancial del riesgo solo puede darse si el cómplice primario realiza una aportación idónea *ex ante* para *posibilitar* la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico por el autor.

52 El cómplice primario es, por tanto, aquel que con su contribución hace posible la comisión del delito. No nos referimos, evidentemente, a la viabilidad de la modalidad ejecutiva concreta (a que la haga posible tal y como sucedió), puesto que desde la teoría de la equivalencia de las condiciones también la complicidad secundaria influye causalmente en la forma de aparición del resultado. Tampoco estamos diciendo que haya que recurrir a juicios hipotéticos alternativos (a determinar si el autor hubiera o no podido ejecutar el delito por otros medios, o a si efectivamente lo hubiera hecho), pues ya hemos puesto de manifiesto repetidamente lo difícil y arriesgado de la formulación de tales juicios.

53 La afirmación de que una conducta incrementa sustancialmente el riesgo de lesión o puesta en peligro del bien jurídico por el autor debe realizarse desde una consideración *ex ante*, teniendo en cuenta las circunstancias concretas en que esta se realizó: habrá que recurrir, ciertamente, a un juicio hipotético, comparando las posibilidades teóricas de comisión del delito por el autor con dicha aportación y sin ella, permaneciendo las demás condiciones estables. Lo que no es posible tener en cuenta son nuevas condiciones hipotéticas, cursos causales irreales alternativos, imposibles de constatar. Retomemos el ejemplo que utilizábamos en la exposición de la teoría de la insustituibilidad:

54 En una primera variante del supuesto, A y B sustraen mercancías mientras C distrae al vendedor. En la segunda variante, C realiza la misma conducta, pero es solo un sujeto (A) el que toma las cosas.

55 Dijimos entonces que el criterio de la insustituibilidad era insatisfactorio porque recurría a juicios hipotéticos alternativos, al hacer depender la

calificación de la conducta de C de la circunstancia de que otro de los intervinientes pudiera sustituirle en su función (B, en la primera variante) o no (como en la segunda variante). Al decir que la calificación de la conducta de un sujeto debe realizarse comparando *ex ante* las posibilidades de comisión del delito por el autor (o autores) con la aportación o sin ella, *permaneciendo las demás condiciones estables*, nos referimos a que, siguiendo con el ejemplo, la cuestión es (en las dos variantes) si las posibilidades de cometer el hurto se incrementan sustancialmente para A (o para A y B) con la conducta de C, sin tener en cuenta si otro sujeto (cointerviniente o no) hubiera podido llevar o no a cabo una conducta similar (curso causal hipotético alternativo). Ello nos llevará a la misma solución en las dos variantes del ejemplo, por lo que entendemos que no son aplicables a nuestra postura las críticas que oponíamos a la de la insustituibilidad. Veamoslo con otro ejemplo:

A sujeta a X, mientras B lo golpea. 56

Para saber si la conducta de A incrementa sustancialmente el riesgo de 57
lesión del bien jurídico por B, posibilitando la comisión del delito, habrá que comparar las posibilidades que, *ex ante*, este tenía de agredir a X con y sin la ayuda de A. Pero no habrá que averiguar si B hubiera o no podido efectivamente realizar la agresión sin ayuda, o si hubiera o no podido recurrir a la colaboración de un tercero. Basta con apreciar que la conducta de A incrementaba sustancialmente las probabilidades de que B llevara a cabo la agresión, lo que ocurrirá por regla general (salvo que, por las circunstancias concretas, la conducta de A solo fuera adecuada *ex ante* para facilitarla, por ejemplo, porque la víctima fuera de constitución muy débil o, por el contrario, B fuera excepcionalmente fuerte).

Para apreciar si una aportación incrementa o no sustancialmente el riesgo 58
de lesión o puesta en peligro del bien jurídico por el autor, puede sernos muy útil la teoría del desbaratamiento del plan total[50]. La mayor punibilidad del cómplice primario vendría así determinada por la posesión de un cierto dominio del hecho (insuficiente para determinar coautoría, pero suficiente para constituir una forma agravada de participación) que es esencialmente negativo:

(50) Ya vimos cómo ROXIN (ROXIN, C., *Täterschaft und Tatherrschaft. Op. Cit.*, p. 280) definía la coautoría con base en el poder de interrupción del plan delictivo que el sujeto tenía simplemente dejando de prestar su contribución. Y también hemos puesto ya de manifiesto por qué para nosotros no es suficiente esta circunstancia para calificar de coautoría una conducta, *si no implica la realización directa (mediata o inmediata) de acciones típicas.*

posibilita la lesión del bien jurídico porque, sin su contribución, el plan delictivo se detiene. Pero no lo domina positivamente porque no realiza actos típicos.

59 La contribución del cómplice primario puede darse tanto durante la fase ejecutiva, como con anterioridad a esta. Sin embargo, en la práctica las posibilidades de desbaratar el plan son mayores respecto de los sujetos que prestan su contribución de manera simultánea a la ejecución, pues los recursos del autor o autores aumentan por regla general cuanto más alejada del momento planeado para la comisión del delito se produce la renuncia del sujeto a prestar su contribución. Así, la proximidad temporal entre la aportación y el resultado es uno de los indicios a tener en cuenta para determinar la sustancialidad del incremento del riesgo creado por una aportación al delito.

60 Una contribución prestada en fase ejecutiva posibilita la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico por el autor cuando, de retirar el sujeto su aportación en el momento de cometerse el delito, el autor o los autores hubieran visto reducidas drásticamente las probabilidades de continuar con el plan delictivo en sus elementos esenciales.

61 Constituirá complicidad primaria, por ejemplo, sujetar a la víctima mientras otro le agrede; o distraer al dependiente mientras otro sustrae las mercancías, o a la víctima mientras otro envenena su comida. Por el contrario, no habrá complicidad primaria, sino secundaria, en la mayoría de los casos de vigilancia durante un robo.

62 En cuanto a las contribuciones prestadas con anterioridad a la fase ejecutiva, habrán de compensar su lejanía respecto de la ejecución del delito con una mayor importancia objetiva para constituir complicidad primaria. En este ámbito puede servir de apoyo la teoría de la escasez de GIMBERNAT para dar un sentido concreto a la idea del desbaratamiento del plan: así, será primaria la contribución escasa, objetivamente difícil de conseguir en las circunstancias concretas del autor o los autores (y con independencia de que efectivamente las hubieran podido o no conseguir de otro modo). Y ello porque, si resulta difícil de obtener, la negativa del colaborador a prestarla puede desbaratar el plan delictivo. Pero además será preciso que la aportación haya supuesto la remoción de un obstáculo serio para el autor, pues una contribución que solo facilita la comisión del delito constituye mera complicidad secundaria, por muy escasa que sea[51].

(51) Diferimos así de la opinión de GIMBERNAT ORDEIG quien, como vimos *supra*, reserva la exigencia de la remoción de un obstáculo serio para el autor para los supuestos de conductas consistentes

Por otro lado, en la calificación de una conducta como complicidad primaria, no deberá influir más que la importancia objetiva de la contribución, siendo irrelevante la que le den los autores del delito(52). Y ello no solo por la dificultad que plantea la prueba de elementos u opiniones subjetivas, sino porque el criterio del incremento esencial del riesgo, entendido objetivamente, es mucho más acorde con un Derecho penal protector de bienes jurídicos: la importancia que el autor dé a la contribución ni aumenta ni disminuye el riesgo para el bien (salvo que haya sido la aportación la que haya provocado la resolución delictiva, en cuyo caso lo que habrá será inducción). 63

Por las mismas razones es irrelevante la opinión del sujeto sobre la necesidad o no de su propia conducta si su apreciación no coincide con la realidad (cree erróneamente estar prestando una complicidad primaria, realizando en realidad un acto de complicidad secundaria, o viceversa)(53). En el plano subjetivo basta con que el sujeto sea consciente de que está colaborando en la comisión de un delito, pues distinguir entre un dolo de complicidad primaria y un dolo de cómplice secundario supondría volver a la teoría subjetiva y a su distinción entre *animus auctoris* y *animus socii*. 64

Todo lo dicho hasta ahora hace referencia a la peligrosidad *ex ante* de la conducta constitutiva de complicidad primaria, a su idoneidad para incrementar sustancialmente el riesgo de lesión o la puesta en peligro del bien jurídico por el autor. Pero, al igual que en la complicidad secundaria, el riesgo creado debe realizarse causalmente en una efectiva cooperación a la ejecución, es decir, que es preciso que haya influido en la aparición del resultado en la forma en que era previsible. Por ello, será complicidad primaria la conducta que, sin consistir en la realización directa de actos típicos, incrementa *ex ante* sustancialmente el riesgo de lesión o puesta en peligro del bien jurídico por el autor 65

en un hacer. En efecto, entendemos que éste también debe ser requisito para las aportaciones de bienes, pues, por ejemplo, la entrega de una fuerte suma de dinero (en general, aportación escasa) no constituye complicidad primaria si el autor la utiliza, teniendo ya una pistola, para comprar otra más potente. La nueva arma podrá asegurar o facilitar la comisión del delito (y determinar complicidad secundaria), pero no incrementa sustancialmente el riesgo de su ejecución. En consecuencia, tanto las conductas consistentes en la entrega de bienes, como las de realización de una actividad, habrán de ser escasas, causales y tener como efecto la remoción de un obstáculo serio para el autor. Ni siquiera el criterio de la inequívoca criminalidad de la aportación es exclusivo de las conductas consistentes en un hacer, pues también puede ser de ayuda para determinar la escasez de determinadas entregas de bienes (no es lo mismo pedir un destornillador que una llave maestra).

(52) En sentido contrario, Díaz y García Conlledo, M., *La autoría en Derecho penal. Op. Cit.*, p. 533.

(53) En contra, entienden Gimbernat Ordeig, E., *Autor y cómplice en Derecho penal. Op. Cit.*, pp. 162-166 y Rodríguez Mourullo, G., "Comentarios a los artículos 12-17". *Op. Cit.*, p. 880, que el error sobre la importancia objetiva de la participación sí tiene repercusión en la calificación jurídica de la conducta.

(de manera que su retirada pueda desbaratar el plan delictivo) si *ex post* resulta efectivamente causal para el resultado.

66 En resumen, el cómplice primario aporta una contribución esencial que posibilita el delito, porque sin ella el plan delictivo se desbarata (y ello justifica que se le imponga la pena del autor), pero no es autor, no domina el hecho, no decide el sí y el cómo del delito.

67 Por su parte, lo que caracteriza al cómplice secundario es la menor gravedad de su conducta, lo que justifica que se le "disminuya prudencialmente la pena". En efecto, el cómplice secundario colabora con el autor del delito, pero ni la idea delictiva parte de él, ni su colaboración es tan importante que, de retirarla, pudiera hacer desbaratarse el plan delictivo.

68 Eso no significa que cualquier acto de favorecimiento del hecho punible constituye complicidad secundaria: la complicidad debe tener algún tipo de eficacia causal en la comisión del delito, por eso solo habrá complicidad secundaria cuando la aportación acelere, asegure o facilite la comisión del delito o intensifique el resultado lesivo. No basta, pues, con favorecer de cualquier modo la acción del autor (*Förderungsformel* o teoría del favorecimiento del RG alemán). No basta, por ejemplo, que el cómplice dé una ganzúa a un ladrón que al final rompe la ventana con una piedra. Con ello se desdibujaría su frontera con los actos de participación intentada impune y se acabaría extendiendo la punibilidad a conductas muy alejadas de la lesión al bien jurídico, que no han tenido ninguna eficacia en el resultado. Resultan, por ello, incompatibles con el fundamento de la punibilidad de la participación que nos sirvió como punto de partida.

69 Las teorías que, por el contrario, exigen causalidad en la complicidad son coherentes con dicho fundamento de la punibilidad de la complicidad. En efecto, si se entiende la participación como ataque accesorio al bien jurídico, no se podrá hablar de ataque logrado y, por tanto, de complicidad secundaria consumada si la aportación no ha tenido consecuencias en la producción del resultado principal. La causalidad, referida a la concreta aparición del resultado en sus elementos esenciales, es, pues, condición necesaria de la punibilidad del cómplice. La necesidad de que su aportación sea (mediatamente) causal con respecto a la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico, permite no olvidar cuál es la razón por la que se le castiga.

70 Sin embargo, la causalidad de la aportación con respecto al resultado principal no basta para responsabilizar al cómplice secundario por su intervención en el delito. Será necesario además que el resultado a imputar (cooperación a

la ejecución) constituya la realización en un hecho principal antijurídico de un riesgo jurídicamente relevante creado por él (riesgo de favorecer la comisión del delito por el autor). Aplicando, pues, los criterios de la imputación objetiva, la tipicidad objetiva de la complicidad secundaria se construye en torno a a) la creación de un riesgo no permitido de favorecer la conducta antijurídica del autor que b) se traduce efectivamente en un favorecimiento causal de esta(54).

El desvalor de acción en la complicidad secundaria consistirá, por tanto, 71
en la realización de una conducta peligrosa *ex ante* por ser apta, idónea para favorecer la lesión por el autor del bien jurídico protegido. Y una conducta de colaboración es peligrosa cuando era objetivamente previsible su aptitud para elevar, rebasando el riesgo permitido, las posibilidades de lesión por el autor de un bien jurídico.

1. El primer requisito para afirmar la peligrosidad de la conducta de un 72
cómplice es, pues, la constatación de que, en el momento de actuar, el sujeto previó o pudo prever que con su acción favorecería la lesión del bien jurídico por el autor. No habrá peligrosidad *ex ante* fundamentadora de complicidad secundaria, por ejemplo, en la acción de prestar un bolígrafo a un amigo que inesperadamente lo clava en la yugular de la víctima.

2. Es necesario, además, para afirmar la peligrosidad de la acción que la 73
conducta del cómplice secundario suponga previsiblemente una *elevación* del riesgo de lesión para el bien jurídico protegido por el autor. Debe tratarse, por tanto, de conductas que aumenten las probabilidades de comisión del delito por el autor o de culminación con éxito de la empresa delictiva o que sean idóneas para acelerar o intensificar el resultado lesivo, es decir, conductas cuya peligrosidad estriba, no en la probabilidad de causación directa de una lesión al bien (constitutiva de autoría), sino en la creación de una serie de condiciones aptas para que la lesión al bien por el autor sea más fácil, más segura, más rápida o más intensa.

Así, por ejemplo, no se eleva el riesgo por el hecho de llevar al autor la 74
escalera al lugar del hurto, aunque la aportación sea causal para el resultado concreto, salvo que la escalera fuera tan pesada que apareciera *ex ante* como improbable que el autor pudiera llevarla por sí mismo o, al menos, en el mismo tiempo en el que lo haría ayudado por un tercero. Si el autor solo llevaba la escalera y ahora es otro sujeto el que lo hace, ¿en qué habría de elevarse el riesgo

(54) Más extensamente sobre los criterios de la imputación objetiva y su aplicación a la complicidad, López Peregrín, C., *La complicidad en el delito. Op. Cit.*, pp. 225-360.

para el bien jurídico? No es previsible que con ello el hurto pueda realizarse ni más fácilmente ni más rápidamente, ni que vaya a tener así mayores probabilidades de éxito, ni que el daño contra la propiedad vaya a ser mayor por la circunstancia de que sea alguien distinto del autor quien lleve la escalera.

75 En este sentido, el concepto de facilitación no debe ser mal interpretado. En ningún caso habremos de confundir la acción realmente idónea para facilitar la comisión del delito (por ejemplo, dormir al perro que guarda la casa que se quiere robar), con la mera solidarización con el autor, traducida en actos externos que, sin embargo, no es probable que tengan repercusión alguna en el hecho (por ejemplo, el llevar la escalera poco pesada al autor). *Facilitar no es simplemente hacer más cómoda o más llevadera la comisión del delito, sino que implica remover algún posible obstáculo, eliminar trabas, solucionar problemas técnicos, o cualquier otra actividad que realmente signifique una ayuda para el autor, en la medida en que pueda elevar las posibilidades de que el delito se lleve a cabo.*

76 No toda elevación del riesgo de lesión del bien jurídico por el autor fundamentará, sin embargo, el desvalor de acción del cómplice secundario, sino solo aquella que sea de una cierta entidad. El problema reside en que no es posible determinar exactamente el denominado grado de tendencia, es decir, la medida concreta en que deben elevarse objetivamente las posibilidades de producción mediata del resultado para ser penalmente relevante. No obstante, a pesar de las dificultades que plantea el establecimiento de esta frontera, lo cierto es que hay supuestos de creación de un riesgo tan insignificante que sin duda han de ser extraídos del ámbito de lo punible.

77 Así, por ejemplo, no es fácil saber cómo podría generar un riesgo desaprobado jurídico-penalmente el acercar unos centímetros la ganzúa al autor del robo. Lo mismo cabe decir en relación a otros supuestos análogos, como buscar dos o tres ramas secas para el autor de un incendio que ya tiene un buen montón preparado para prenderle fuego, abrir el paquete de folios en los que escribirá el autor de un delito de amenazas o acercar unos metros en coche hasta la casa de la víctima al autor de un asesinato.

78 En cualquier caso, para que se dé el tipo objetivo de la complicidad secundaria será necesario, además, que el riesgo de favorecimiento de la comisión del delito por el autor que se ha creado se traduzca de forma causal en una efectiva facilitación de la acción del autor.

79 Así, las acciones de mandar un paquete con herramientas para el robo o de dar consejos sobre la práctica del aborto aumentan el riesgo de lesión mediata al bien jurídico propiedad o vida dependiente. *Ex ante*, son conductas peligrosas

fundamentadoras de desvalor de acción. Pero si el paquete no llega a tiempo o si el sujeto no sigue los consejos para provocar la interrupción del embarazo, no se dará el desvalor del resultado porque la acción no ha sido causal y, por tanto, el resultado no ha sido materialización del riesgo creado con su conducta.

En la complicidad secundaria, si el desvalor de la acción debía consistir 80
en una previsión objetiva *ex ante* de la capacidad de la aportación para facilitar, intensificar, asegurar o acelerar la ejecución del delito, existirá desvalor de resultado si *ex post* ha resultado de tal manera causal que realmente facilitó, intensificó, aseguró o aceleró la ejecución del delito en la forma en que era previsible.

III. La complicidad (primaria o secundaria) psíquica

La complicidad no solo puede consistir en una ayuda material, sino que 81
también puede plasmarse en un asesoramiento técnico o en un reforzamiento de la voluntad delictiva del autor. Es lo que habitualmente se denomina complicidad psíquica, que será punible en la medida en que se den los requisitos de las complicidades primaria (posibilitó la comisión del hecho por el autor) o secundaria (facilitó, intensificó, aseguró o aceleró la ejecución del delito por el autor en la forma en que era previsible).

Existe consejo técnico cuando el sujeto asesora al autor sobre el momento 82
o la forma de ejecución. Por su parte, la estabilización de la decisión delictiva constituye complicidad psíquica cuando un influjo psicológico fortalece la voluntad delictiva debilitada del autor, disipando sus últimas dudas. Plantean, sin embargo, cuestiones diferentes.

a) El supuesto del consejo técnico puede considerarse el más claramente 83
constitutivo de complicidad. En él puede afirmarse sin dificultad la peligrosidad de la acción y la causalidad con respecto al resultado. Así, si A aclara a B cómo se abre una puerta con una lima de uñas, o le dice cuándo es el mejor momento para entrar a robar a una casa, su conducta es tan peligrosa como si le hubiera entregado una ganzúa ya que, *ex ante*, parece previsible que su aportación facilite y acelere considerablemente la ejecución del delito. Y si posteriormente B utiliza el consejo de A para cometer un robo, el riesgo creado por este se habrá realizado en el resultado y podrá ser castigado como cómplice secundario[55]. Por su parte, si el consejo técnico es de tal magnitud que *posibilita* la comisión del delito, habrá complicidad primaria.

(55) ROXIN, C., "Was ist Beihilfe?". En: *Festschrift für Koichi Miyazawa*, p. 505.

84 b) Más problemas plantea el otro grupo de casos, el de las conductas de reforzamiento de la voluntad delictiva del autor. Consisten estas conductas en un apoyo moral que actúa sobre la formación de la voluntad del autor, fortaleciéndola pero sin llegar a provocarla[56]. Cabe incluir en este grupo sin embargo supuestos de muy diferente eficacia causal. Está claro, por ejemplo, que la mera solidaridad con el autor ni puede ser causal para el resultado, ni debe estar castigada[57]. En el otro extremo, no cabe duda de la eficacia causal de la complicidad que conduce a la intensificación del perjuicio al bien jurídico: si A está golpeando a un sujeto y B le anima a que le pegue más fuerte, la conducta de B será causal respecto de las lesiones producidas[58]. Pero entre esos dos extremos, más o menos claros, se encuentran una multitud de supuestos mucho más problemáticos.

85 En cualquier caso, no creo que quepa la complicidad primaria respecto de esta modalidad de complicidad psíquica, pues si la influencia en la voluntad del autor es de tal magnitud que sin ella no se cometería en delito no sería ya complicidad, sino instigación.

86 Problemas específicos plantea en este ámbito, por su parte, el supuesto de la promesa, anterior a la consumación, *de encubrimiento después de cometido el delito*. Así, si un sujeto promete a otro una coartada en caso de investigación policial, o se ofrece para destruir los instrumentos del delito una vez cometido o para ocultarle en su casa de campo durante un tiempo tras cometer el asesinato, ¿está realizando complicidad en el delito cometido o encubrimiento? Lo importante en este caso es determinar si lo penalmente relevante a efectos de complicidad es la promesa en sí, o la aportación física. Si centramos la atención en la aportación, es evidente que se trataría de un supuesto de encubrimiento, y en ningún caso podría considerarse complicidad física, ya que dicha aportación no tiene ninguna eficacia causal en la realización del asesinato. Pero cabe también entender que la promesa constituye ya complicidad psíquica, en el caso de que la promesa o la aportación tengan como consecuencia la estabilización de la decisión delictiva del autor. En ese caso, aunque el favorecimiento de la ocultación o de la huida del culpable se realizara tras la ejecución, o incluso si no llegara a realizarse, la promesa de ayuda en la evasión o de facilitación posterior de un escondite seguro puede producir ya en

(56) Gómez Rivero, M., *La inducción a cometer el delito. Op. Cit.*, p. 274.
(57) Roxin, C., "Was ist Beihilfe?". En: *Festschrift für Koichi Miyazawa. Op. Cit.*, p. 506; Ruiz Antón, L., *El agente provocador en el Derecho penal. Op. Cit.*, p. 313.
(58) Roxin, C., "Was ist Beihilfe?". *Op. Cit.*, p. 506.

un momento anterior a la ejecución una influencia psíquica en el autor que puede constituir, en algunos casos, complicidad psíquica[59].

Resumiendo, existe complicidad psíquica bien cuando el apoyo consiste 87
en un consejo sobre la forma o el momento de cometer el delito que tiene eficacia causal en el resultado, bien cuando el influjo psicológico, en cualquiera de sus modalidades de aparición, tiene como consecuencia el reforzamiento de una voluntad delictiva debilitada en el autor[60].

IV. Complicidad (primaria o secundaria) y omisión impropia

¿Es cómplice en un hurto el vigilante de un almacén que no cierra las ven- 88
tanas, como es su obligación, para que los ladrones puedan entrar por ellas? ¿Puede constituir complicidad en homicidio la omisión de denuncia cuando se conoce la existencia de un plan para matar a un sujeto? ¿De qué responde la amiga de la madre que está dejando morir de hambre a su hijo recién nacido, si conoce los hechos? ¿Es la mera inactividad ante la comisión de un delito, como apoyo moral por omisión, complicidad en el delito cometido?

La aceptación de la participación omisiva ha sido y es una cuestión muy 89
debatida cuya solución se vincula a la propia concepción de la omisión impropia de la que se parta. Así, por ejemplo, si se basa el delito de omisión impropia en la mera infracción del deber, quien ostenta la posición de garante frente a un bien jurídico y no evita la producción del resultado típico será siempre responsable penalmente de dicho resultado como autor, sin que quepa distinguir diferentes niveles de penalidad. Es decir, desde esta concepción se niega la posibilidad de distinguir entre autoría y participación en el ámbito de la omisión impropia[61].

Si, por el contrario, se parte de la idea de que la posición de garante no 90
basta por sí sola para determinar autoría y se admite que la omisión ha de cumplir otros requisitos, principalmente la identidad estructural entre la acción típica y la omisión, desaparece el obstáculo principal para derivar responsabilidad por complicidad en comisión por omisión[62].

(59) Ídem.
(60) Más extensamente sobre la complicidad psíquica, López Peregrín, C., *La complicidad en el delito. Op. Cit.*, pp. 309-330.
(61) Así, por ejemplo, Armin Kaufmann (Kaufmann, A., *Die Dogmatik der Unterlassunsdelikte*, p. 291 ss.).
(62) Aplican las reglas generales de diferenciación entre autoría y participación (criterios subjetivos, dominio del hecho, etc.), admitiendo la complicidad en comisión por omisión del garante cuando

91 En mi opinión, es esta última concepción del delito impropio de omisión la más correcta. No parece haber obstáculo para interpretar la complicidad de forma que se incluya en ella tanto una intervención activa en el delito, como una omisiva. Para ello, habrán de cumplirse los requisitos de la omisión impropia: posición de garante e identidad estructural entre acción y omisión, la equivalencia entre la no evitación del resultado y su causación.

92 Según lo expuesto en anteriores epígrafes, para que exista complicidad (activa) punible, el cómplice ha de realizar una conducta peligrosa, previsiblemente idónea, para aumentar las probabilidades de éxito del autor del delito y que cree un riesgo de lesión mediata del bien jurídico que se traduzca efectivamente en un favorecimiento causal del hecho principal (en el sentido de posibilitar el delito –complicidad primaria– o de facilitar, acelerar, asegurar o intensificar la comisión del delito por el autor –complicidad secundaria–).

93 Evidentemente, la conducta omisiva del cómplice debe ser equivalente valorativa y estructuralmente, no a la causación del tipo correspondiente de la parte especial (lo que le convertiría en autor), sino a la causación del tipo de la complicidad, en el sentido de haber posibilitado o favorecido la comisión del delito por el autor. Es decir, habrá complicidad punible en comisión por omisión cuando un sujeto en posición de garante, pudiendo hacerlo, no ha realizado una acción que, hipotéticamente y con arreglo a los criterios de imputación objetiva, hubiera previsiblemente impedido u obstaculizado la comisión del delito por el autor.

94 Si la complicidad activa es penalmente relevante cuando posibilita (complicidad primaria) o cuando acelera, asegura, facilita o intensifica el resultado (complicidad secundaria), la omisión será equivalente valorativamente a la acción del cómplice cuando se omite una conducta debida que habría previsiblemente impedido (complicidad primaria) o al menos retrasado, dificultado o suavizado el resultado típico, o eliminado elementos que aseguraban el éxito del plan delictivo (complicidad secundaria).

---

este no impide la realización activa del delito por otro sujeto que es considerado como autor del mismo, por ejemplo, BOCKELMANN, P., *Strafrecht, AT. Op. Cit.*, pp. 201-202; JESCHECK, H., *Tratado de Derecho penal. Parte general.* Tomo II, p. 967; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., "Comentarios a los artículos 12-17". *Op. Cit.*, p. 893; CEREZO MIR, J., "Autoría y participación en el Código Penal vigente y en el futuro Código Penal". *Op. Cit.*, p. 346 (aunque no requiere para la complicidad en comisión por omisión la posición de garante); RUIZ ANTÓN, L., *El agente provocador en el Derecho penal. Op. Cit.*, p. 314; DEL ROSAL BLASCO, B., "La inducción y la complicidad como formas de participación criminal punibles en el Código Penal". *Op. Cit.*, p. 232; y GÓMEZ RIVERO, M., *La inducción a cometer el delito. Op. Cit.*, p. 206.

Resumiendo, la posición de garante es la pieza fundamental para determinar responsabilidad en comisión por omisión *tanto del autor como del cómplice.* Si es, por tanto, la posición de garante la que determina la frontera entre lo punible y lo impune, la acción omitida será la que delimitará, dentro de los sujetos responsables, quiénes lo serán como autores, quiénes como cómplices primarios y quiénes como cómplices secundarios. 95

V. Complicidad e imprudencia

Una de las consecuencias que se deducen del principio de accesoriedad es que la única participación punible es la *participación dolosa en el hecho doloso del autor.* 96

Ello significa, en primer lugar, que no cabe la participación imprudente en un hecho imprudente. Ello se deduce claramente del artículo 25, que requiere que las complicidades primaria y secundaria se realicen dolosamente. Sin embargo, esta afirmación puede tener distinto alcance, dependiendo del propio concepto de delito imprudente del que se parta. Así, para un sector de la doctrina este se configura como un delito de infracción de deber, por lo que habría que admitir un concepto extensivo de autor en los delitos imprudentes: en ellos cualquier infracción de la diligencia debida que haya condicionado causalmente el resultado sería constitutiva de autoría. No habría, por tanto, participación imprudente porque existirían tantas autorías imprudentes como personas hayan dado lugar al resultado infringiendo normas de cuidado(63). 97

Por el contrario, otros autores entienden que las diferencias existentes entre delitos dolosos e imprudentes no justifican un tratamiento distinto en el ámbito de la autoría. Cuando desde esta postura se afirma que no cabe la participación imprudente en delito imprudente, lo que se quiere decir es que esta es conceptualmente posible, pero impune. Esta es la postura que considero más correcta(64). 98

(63) Esta postura es la mantenida, entre otros, por la mayoría de los defensores de la teoría del dominio del hecho.

(64) En efecto, de la impunidad de la participación imprudente no cabe deducir la calificación de autoría de toda conducta que, infringiendo el deber de cuidado, haya causado el resultado imprudente, Luzón Peña, D., "Concurrencia de culpas y autoría o participación en los delitos imprudentes (Comentario a las Sentencias TS 28-4-1978 y 3-5-1978)". En: *RDCirc* 15, n. 9. Al contrario, es posible (y necesario por razones de intervención mínima y coherencia del ordenamiento) mantener en los delitos imprudentes un concepto restrictivo de autor, diferenciado de las meras conductas de participación imprudente en hecho imprudente, conceptualmente posibles pero impunes (Luzón Peña, D., "Concurrencia de culpas y autoría o participación en los delitos imprudentes (Comentario a las Sentencias TS 28-4-1978 y 3-5-1978)". *Op. Cit.*, p. 277). Desde nuestro punto de vista (y

99 De la exigencia de dolo derivada de la accesoriedad suele deducirse en los sistemas diferenciadores, en segundo lugar, que no cabe la participación dolosa en un hecho imprudente: el que colabora dolosamente en un delito imprudente o es autor (autor mediato o autor de su propia imprudencia), o es impune.

100 Tampoco cabe la participación imprudente en un hecho doloso, aunque se acepte igualmente que en ocasiones el sujeto responderá como autor accesorio imprudente (así, por ejemplo, el farmacéutico que dispensa sin receta un peligroso barbitúrico que es empleado para matar a alguien). El partícipe debe tener voluntad de colaborar con la lesión del bien jurídico para actuar en el sentido de la norma incriminadora de la participación. Debe conocer el tipo que quiere realizar el autor y debe querer ayudarle.

VI. El problema de los llamados actos neutrales o cotidianos

101 Recientemente se discute en la doctrina sobre cuál es el tratamiento más adecuado para los actos neutrales, esto es, los casos en que se coopera en la realización de un delito con acciones cotidianas, corrientes, participando el sujeto en un intercambio de bienes o servicios en principio legal y habitual, pero que simultáneamente puede incrementar las posibilidades de comisión de un delito.

102 ¿Debe ser castigado como cómplice quien suministra materias primas a una empresa, sabiendo que el fabricante actúa en la elaboración de productos

siguiendo a LUZÓN PEÑA) será autor de un delito imprudente solo aquel sujeto que realice el tipo, porque su conducta determina objetiva y positivamente el hecho típico, determinación que podría convertirse en dominio final del hecho si el agente actuara dolosamente. Cabe, además, apreciar autoría mediata imprudente cuando de forma no cuidadosa se determina el hecho a través de la conducta de un tercero que funciona objetivamente como instrumento (por ejemplo, si un sujeto atropella a un peatón al dar marcha atrás siguiendo las indicaciones de un tercero; LUZÓN PEÑA, D., "La 'determinación objetiva del hecho'. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado". *Op. Cit.*, p. 898); y también es posible la coautoría imprudente, cuando es la conjunción de conductas no cuidadosas la que determina el hecho (como en una intervención quirúrgica colectiva, LUZÓN PEÑA, D., "La 'determinación objetiva del hecho'. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado". *Op. Cit.*, pp. 898-899). Por el contrario, la mera contribución causal que favorece, pero no realiza, la lesión del bien jurídico será participación impune por no realizar la conducta la parte objetiva del tipo imprudente, LUZÓN PEÑA, D., "Concurrencia de culpas y autoría o participación en los delitos imprudentes (Comentario a las Sentencias TS 28-4-1978 y 3-5-1978)", p. 390, n. 9. Así, por ejemplo, es impune, con respecto al resultado muerte producido, incitar al copiloto a adelantar pese a venir un vehículo de frente, si se produce el accidente. En cualquier caso, la impunidad del sujeto como partícipe en el delito de resultado imprudente no excluye su castigo por otro título, por ejemplo, por participación dolosa en un delito de peligro (LUZÓN PEÑA, D., "La 'determinación objetiva del hecho'. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado". *Op. Cit.*, p. 902).

cometiendo un delito contra el medio ambiente? ¿Es cómplice de asesinato el pastelero que vende un pastel sabiendo que el cliente pretende envenenarlo y dárselo a su mujer? ¿Es cómplice en delito fiscal quien ofrece un contrato sustancioso a un sujeto del que sabe que no paga sus impuestos? ¿Es cómplice en robo el taxista que, por el precio de la carrera normal, lleva al atracador hasta el banco conociendo sus planes? ¿Es cómplice quien paga su deuda, sabiendo que el acreedor empleará el dinero recibido para cometer un delito?

La mayoría de los autores que han analizado casos parecidos a los ejem- 103
plos propuestos han coincidido en la necesidad de que todos, o al menos una gran parte de ellos, queden impunes. Sin embargo, las formas en que se ha querido justificar dicha impunidad han sido variadas.

a) JAKOBS, por ejemplo, defiende la impunidad de los actos cotidianos 104
desde su concepto de competencia como fundamentador de la responsabilidad penal[65]. Para entender su propuesta hay que tener en cuenta que, para este autor, el comportamiento humano solo adquiere relevancia penal con una interpretación social basada en la interacción entre individuos y en la adecuación o la desviación de su conducta respecto a las expectativas que se derivan de su rol. Para JAKOBS, los límites de los roles funcionarán en consecuencia como límites de la responsabilidad penal y ello porque el fin del Derecho penal no es tanto la protección de los bienes jurídicos como el posibilitar el funcionamiento de la sociedad al permitir interacciones entre los individuos.

Aplicando estos principios a la participación, para imputar como injusto 105
propio al partícipe el hecho ejecutado por otro se requiere que aquel organice su ámbito de competencia con un sentido delictivo[66]. Con respecto a los actos cotidianos, y para determinar cuándo existe este sentido delictivo en el comportamiento, JAKOBS distingue dos grandes grupos de casos, según el sujeto actúe o no conjuntamente con el autor:

*En los supuestos en los que *el sujeto no actúe conjuntamente con el autor*, no 106
se le podrá hacer responder por las consecuencias que un tercero vincule arbitrariamente a un acto normal de la existencia realizado por él. En ejemplos de JAKOBS, la consumación de la amenaza "si te vas, mato a alguien" no fundamenta la participación en homicidio del que se ha ido: el alejarse del lugar no tiene un sentido delictivo. Ni tampoco lo tiene la continuación de un proceso

(65) JAKOBS, G., *Strafrecht. AT. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, p. 696 ss., y JAKOBS, G., *La imputación objetiva en Derecho penal*, p. 89 ss.

(66) JAKOBS, G., *La imputación objetiva en Derecho penal. Op. Cit.*, pp. 145-155.

por un juez que ha recibido la amenaza de que si lo hace, un político será asesinado. Si el proceso continúa y el político muere, el juez no puede ser considerado responsable de esa muerte como partícipe[67].

107 Distinto es el otro grupo de casos que distingue JAKOBS, en los que *el sujeto actúa conjuntamente con el autor*, existiendo una relación más directa entre ellos. Sin embargo, para JAKOBS no basta la actuación conjunta para afirmar la responsabilidad como partícipe, ya que si existe un contacto social, pero que se agota en una entrega o intercambio habitual de bienes o servicios, o de información, la actuación entraría en el ámbito del riesgo permitido. Y ello porque, para JAKOBS, cuando el comportamiento, al tiempo de su consumación, no depende de que sea seguido por la ejecución del delito porque tiene sentido en sí mismo, la utilización que haga el autor de la situación creada escapa del ámbito de competencia del primer sujeto. Y si la acción del autor escapa de la competencia del sujeto, este no ha quebrantado su rol inocuo y no podrá ser castigado como cómplice aunque conozca la planificación delictiva del autor[68]. Si, por el contrario, el sujeto actúa conjuntamente con el autor pero no con actos neutrales, pertenecientes a su rol, sino realizando una aportación cuya característica principal es que encaja dentro de un contexto delictivo, entonces respondería como partícipe[69]. Una aportación tendrá sentido delictivo, para JAKOBS, por superar el ámbito del riesgo permitido y entrar de lleno en el de la participación punible, cuando no puede encuadrarse en un rol estereotipado inocuo conforme con la realidad social[70].

108 Según este autor, si el sujeto, como en los ejemplos expuestos, lo único que hace es desarrollar una actividad en el marco de las expectativas que se

(67) JAKOBS, G., *Strafrecht. AT. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Op. Cit.*, p. 698.

(68) JAKOBS, G., *La imputación objetiva en Derecho penal. Op. Cit.*, pp. 156-157.

(69) Ibídem, p. 162.

(70) JAKOBS, G., *Strafrecht. AT. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Op. Cit.*, p. 699. El fundamento último de la postura de JAKOBS en este tema es plenamente coherente con su visión funcionalista: para este autor el Derecho penal tiene como finalidad posibilitar la vida social, lo que no sería posible sin una cierta estabilidad en las expectativas sobre un determinado comportamiento ajeno. El propio desarrollo de la vida en común va definiendo qué es lo que puede esperarse de los demás en cada uno de los contextos posibles, atendiendo principalmente al ámbito de competencia de cada sujeto. En este sentido, no puede considerarse prohibido un comportamiento socialmente estereotipado, es decir, una actividad que es aceptada como desarrollo de un rol habitual, aunque resulte peligrosa. Si una conducta, a pesar de dañar un bien jurídico, no "sorprende" porque su aceptación se ha convertido en costumbre, entonces sería contraproducente castigarla, en la medida en que JAKOBS considera prioritaria la seguridad de las expectativas sobre la seguridad de los bienes jurídicos (JAKOBS, G., *Strafrecht. AT. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Op. Cit.*, p. 200). La crítica más extendida a este tipo de planteamientos funcionalistas es su excesivo alejamiento de puntos de vista valorativos, al atender exclusivamente a la eliminación de conflictos.

derivan de su trabajo o de su situación, no puede ser castigado como partícipe en el delito cometido. Y no hay duda de que la venta de pan por el panadero, el pago de la deuda por el deudor o el transporte en taxi del taxista son comportamientos que pertenecen al estereotipo social que conforma su rol.

b) También ROXIN construye el concepto de riesgo permitido en la complicidad en torno a la idea de existencia de un sentido independiente en la aportación, aunque su planteamiento difiere del de JAKOBS. De entrada, para ROXIN[71], no existen actos cotidianos *per se*. La caracterización de un acto como cotidiano vendrá determinada, por el contrario, por la finalidad a la que sirve. Será, pues, la finalidad de la acción lo fundamental para determinar el ámbito del riesgo permitido. De lo contrario, argumenta ROXIN, si dejáramos al margen la finalidad, la mayoría de los actos de complicidad serían actos cotidianos: el adiestramiento en el uso de las armas, el transporte de una escalera o la entrega de una llave son conductas habituales, irrelevantes para el Derecho penal si no se ponen en relación con un plan delictivo. 109

En consecuencia, el propio concepto de acto cotidiano exige, para ROXIN, que la conducta no se dirija a cooperar en la ejecución del delito. Es precisamente la falta de dirección de la aportación al delito lo que impide considerar como complicidad un acto cotidiano que constituya una aportación elevadora del riesgo de ataque al bien jurídico, aunque luego se demostrara que ese riesgo se realizó en el resultado[72]. Así: 110

Si quien realiza el acto cotidiano *conoce la decisión delictiva del autor*, no por ello habrá de responder necesariamente como cómplice del delito cometido. Para ROXIN, solo habrá complicidad punible cuando la aportación no tenga más valor para el autor que su inclusión en el plan delictivo y el cómplice lo sepa[73]. Así, por ejemplo, el empresario que suministra material a un fabricante, sabiendo que este comete en el proceso de elaboración de productos un delito contra el medio ambiente, será impune. Y ello porque la adquisición de materias primas tiene sentido en sí misma, al margen de la comisión de dicho delito. A pesar del conocimiento del plan del autor, la acción constituye un acto cotidiano porque puede incluirse entre las aportaciones habituales con finalidad comercial y no exclusivamente delictiva. 111

(71) ROXIN, C., "Was ist Beihilfe?". *Op. Cit.*, p. 515.

(72) Ídem.

(73) Ibídem, p. 513. En esto coincide parcialmente con JAKOBS, aunque sin compartir la idea de competencia como fundamento de la responsabilidad penal. La diferencia entre ambas posturas está, como hemos visto, en la distinta relevancia que ambos otorgan al conocimiento por el sujeto del plan delictivo del autor.

112 Por el contrario, para ROXIN existe desvalor de acción cuando el taxista lleva al ladrón hasta el lugar del robo, y ello porque realiza una actividad que no tiene otra finalidad que la de facilitar la comisión del delito. Para él, y al contrario que en el caso del suministro o el del contrato, la conducción del taxi constituiría por tanto complicidad por no tener sentido en sí misma, al margen de su inclusión en el plan delictivo(74).

113 Totalmente diferente es la situación, para ROXIN, cuando el sujeto que realiza la aportación cotidiana, elevadora del riesgo y causal para el resultado, *no conoce el fin delictivo del autor, pero se lo plantea como posible.* ¿Cabe en ese caso responsabilizarle por complicidad con dolo eventual? Para ROXIN habrá que rechazar por lo general esta afirmación con base en el principio de confianza(75).

114 c) Toma de postura. La teoría de ROXIN parte, a nuestro entender, de una incorrecta diferenciación, ya que está teniendo en cuenta elementos subjetivos (certeza-dolo directo; sospecha del plan delictivo-dolo eventual) para decidir la correspondencia entre la conducta y el tipo objetivo de complicidad.

115 Si el fundamento del riesgo permitido es la utilidad social de ciertas conductas peligrosas, la utilización dolosa de estas conductas, siempre que se realice dentro del ámbito de lo tolerado, no influye en su conformidad a Derecho. La venta de productos de uso o consumo cotidiano, por ejemplo, cumple una necesaria función social que no resulta modificada por el hecho de que el vendedor conozca el plan delictivo del comprador.

116 Por otro lado, y dentro de los supuestos en los que el sujeto que realiza la aportación conoce el plan delictivo, ¿existe realmente, como pretende ROXIN, una diferencia esencial entre el supuesto de la venta de veneno al asesino y la de materias primas al empresario contaminante, que justifique un diferente tratamiento jurídico-penal?

117 En mi opinión, el criterio central de la definición del riesgo permitido debe ser, efectivamente, la existencia o la ausencia de una finalidad autónoma en la aportación. Pero no, como pretende ROXIN, desde el punto de vista del autor del delito sino, por el contrario, desde la óptica del presunto cómplice. Así, en este ámbito es más acertada la postura de JAKOBS, en la medida que la propia figura del riesgo permitido (aunque no el Derecho penal en su conjunto, como él pretende) tiene una fundamentación funcionalista. La idea de

(74) ROXIN, C., "Was ist Beihilfe?". *Op. Cit.*, p. 513.
(75) Ibídem, p. 516.

utilidad social en la que se asienta es, en sí misma, funcionalista: con base en la necesidad de ciertas conductas, estas no serán desvaloradas penalmente aunque supongan la creación de un riesgo de lesión mediata al bien jurídico.

El problema, entonces, es delimitar el ámbito de las aportaciones incre- 118
mentadoras del riesgo que, sin embargo y desde un punto de vista objetivo, son socialmente útiles. Para ello, habrá que tener en cuenta tanto la necesidad social de la conducta, como el grado inevitable de probabilidad objetiva de lesión del bien jurídico que, desde una perspectiva *ex ante*, conlleva el desarrollo habitual de la actividad de que se trate.

La venta de ciertos insecticidas o venenos para animales (como matarra- 119
tas) puede considerarse, por ejemplo, de utilidad social. Combatir determinadas plagas en las cosechas o eliminar pequeños animales molestos constituyen actividades necesarias en nuestra sociedad. Sin embargo, también es real el riesgo de que esos venenos sean utilizados para matar o lesionar a otras personas. Un mayor grado de riesgo puede determinar la exigencia de mayores precauciones en la venta de estos productos (no venderlos a menores, por ejemplo). Pero la entrega de estos a cambio de un precio, cumpliendo los requisitos legales (a un mayor, en nuestro ejemplo), constituirá siempre riesgo permitido.

En conclusión, las acciones que puedan ser calificadas *desde el punto de* 120
vista del sujeto que realiza la aportación como actos cotidianos, con sentido en sí mismos, no podrán constituir complicidad en el delito cometido por quien la recibe, independientemente del grado de conocimiento que se tenga del plan delictivo.

VII. Bibliografía

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, "La distinción entre autoría y participación en la 121
jurisprudencia de los tribunales y el nuevo Código Penal alemán". En: *Estudios penales. Libro homenaje al Prof. J. Antón Oneca*. Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982; BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Principios generales de Derecho penal. Parte general*. Akal, Madrid, 1990; BAUMANN, Jürgen, "Mittelbare Täterschaft oder Anstiftung bei Fehlvorstellungen über den Tatmittler?". En: *JZ* 13, 1958 (publicado también en *Beiträge zur Strafrechtsdogmatik, AT.* Gieseking Verlag, Bielefeld, 1987); BAUMANN, Jürgen, *Strafrecht, AT.* 8ª edición. Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 1977; BAUMANN, Jürgen, "Täterschaft und Teilnahme". En: *JuS* 3, 1963 (publicado también en *Beiträge zur Strafrechtsdogmatik, AT.* Gieseking Verlag, Bielefeld, 1987); BELING, Ernst, *Die Lehre vom Verbrechen*. J. C. B. Mohr, Tübingen, 1906; BOCKELMANN, Paul, *Strafrecht, AT.* 3ª edición.

Beck, München, 1979; BOCKELMANN, Paul, "*Über das Verhältnis* von Täterschaft und Teilnahme". En *Strafrechtliche Untersuchungen*. Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1957 (publicado antes como libro en Verlag Karl-Friedrich Fleischer, Göttingen, 1949); BOCKELMANN, Paul, *Zur Entscheidung des RG 10., Febr.,1941*. En: *DR* 11, 1941; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal. Parte general*. 4ª edición aumentada, corregida y puesta al día por Hernán HORMAZÁBAL MALARÉE. PPU, Barcelona, 1994; CEREZO MIR, José, "Autoría y participación en el Código Penal vigente y en el futuro Código Penal". En: *Problemas fundamentales del Derecho penal*. Tecnos, Madrid, 1982 (también publicado en MIR PUIG, editor, *La reforma del Derecho penal*. Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1980); CEREZO MIR, José, "La polémica en torno al concepto finalista de autor en la ciencia del Derecho penal española". En: *Problemas fundamentales del Derecho penal*. Tecnos, Madrid, 1982 (también publicado en *ADP* 28, 1975); COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal. Parte general*. 4ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, "La inducción y la complicidad como formas de participación criminal punibles en el Código Penal". En: *Problemas de autoría*. Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *La autoría en Derecho penal*. PPU, Barcelona, 1991; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel / DE VICENTE REMESAL, Javier, "Autoría o participación en determinados supuestos de vigilancia comentarios a la STS de 21 de febrero de 1989". En: *PJ* Nº 27, 1992; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en Derecho penal*. Universidad de Madrid, Madrid, 1966; GÓMEZ BENÍTEZ, José, "El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)". En: *ADP* 37, 1984; GÓMEZ BENÍTEZ, José, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*. Civitas, Madrid, 1984; GÓMEZ RIVERO, Mª Carmen, *La inducción a cometer el delito*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995; GÓMEZ RIVERO, Mª Carmen, "Regulación de las formas de participación intentada y de la autoría y participación". En: *La Ley* 1996-1; GONZÁLEZ CUSSAC, José / MIRA BENAVENT, Javier, "Autoría o participación en determinados supuestos de vigilancia comentarios a la STS de 21 de febrero de 1989". En: *PJ* Nº 27, 1992; GONZÁLEZ RUS, Juan, "Autoría única inmediata, autoría mediata y coautoría". En: *Problemas de autoría*. Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994; HERNÁNDEZ PLASENCIA, Ulises, *La autoría mediata en Derecho penal*. Comares, Granada, 1996; JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*. Traducción de Manuel Cancio MELIÁ. Civitas, Madrid, 1996; JAKOBS, Günther, *Strafrecht. AT. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2ª edición. Walter De Gruyter, Berlin, 1993; JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal. Parte general, I y II*. Traducida y adicionada con notas de Derecho español por S. MIR PUIG y F. MUÑOZ CONDE. Bosch, Barcelona, 1981; KAUFMANN, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassunsdelikte*. Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1959; LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen, *La complicidad en el delito*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997;

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, "Concurrencia de culpas y autoría o participación en los delitos imprudentes (Comentario a las Sentencias TS 28-4-1978 y 3-5-1978)". En: *RDCirc* 15, 1978 (también publicado en *Derecho penal de la Circulación {Estudios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo}*. 2ª edición. PPU, Barcelona, 1990); LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, "La 'determinación objetiva del hecho'. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado". En: *ADP* 42, 1989 (también publicado en *Derecho penal de la circulación. Estudios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.* 2ª edición. PPU, Barcelona, 1990); MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho penal.* Tomos I y II. Traducido y anotado por Juan CÓRDOBA RODA. Ariel, Barcelona, 1962; MAYER, Hellmuth, *Strafrecht, AT, Studienbuch.* W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1967; MEZGER, Edmund, "Comentarios a los §§47 y ss.". En: *Leipziger Kommentar.* 8ª edición. Walter de Gruyter, Berlin, 1957; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general.* 4ª edición. PPU, Barcelona, 1996; MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general.* 7ª edición revisada y puesta al día. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007; PEÑARANDA RAMOS, Enrique / SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, "Autoría o participación en determinados supuestos de vigilancia comentarios a la STS de 21 de febrero de 1989". En: *PJ* Nº 27, 1992; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Curso de Derecho penal. Parte general (acorde con el Nuevo Código Penal de 1995).* Cedecs, Barcelona, 1996; RODRÍGUEZ DEVESA, José, *Derecho penal español. Parte general.* 14ª edición. puesta al día por A. SERRANO GÓMEZ. Dykinson, Madrid, 1991; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, "Comentarios a los artículos 12-17". En: CÓRDOBA RODA, Juan / RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Comentarios al Código Penal.* Tomo I. Ariel, Barcelona, 1972; ROXIN, Claus, "Die Mittäterschaft im Strafrecht". En: *JA* 11, 1979; ROXIN, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft.* 5ª edición. Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1990; ROXIN, Claus, "Was ist Beihilfe?". En: *Festschrift für Koichi Miyazawa.* Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1995; RUIZ ANTÓN, Luis, *El agente provocador en el Derecho penal.* Edersa, Madrid, 1982; SAX, Walter, "Der Bundesgerichtshof und die Täterlehre. Gedanken zum Stachynskij-Urteil". En: *JZ* 18, 1963; STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible.* Traducción de la 2ª edición de *Strafrecht, AT I. Die Straftat* por G. ROMERO. Edersa, Madrid, 1982; VIVES ANTÓN, Tomás, *Libertad de prensa y responsabilidad criminal. La regulación de la autoría en los delitos cometidos por medio de la imprenta.* Publicaciones del Instituto de Criminología, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1977; VIVES ANTÓN, Tomás y otros, *Comentarios al Código Penal de 1995.* Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

§ 26
Incomunicabilidad en las circunstancias

MIGUEL ÁNGEL BOLDOVA PASAMAR
Universidad de Zaragoza (España)

NORA GIOVANNA QUINTEROS CAMACHO
Doctora por la Universidad de Zaragoza (España)

Sumario

	Nm	P
I. Introducción	1	421
II. Las circunstancias en el Derecho penal	2	422
1. Generalidades	2	422
2. Naturaleza jurídica	6	424
3. Función de las circunstancias	9	425
4. Clasificación de las circunstancias	12	426
4.1. Según su construcción legisltiva: circunstancias generales y específicas	12	426
4.2. Según la comunicabilidad entre partícipes y autores: circunstancias personales y materiales	13	427
III. Autoría y participación, principio de accesoriedad y comunicabilidad de las circunstancias	15	427
1. Autoría y participación	15	427
2. Principio de accesoriedad	17	428
3. Comunicabilidad de las circunstancias	25	430
IV. Origen del precepto en el Derecho comparado	34	434
1. Alemania	35	434
2. Italia	37	435
3. Brasil	42	437
4. Colombia	43	437
5. Argentina	48	438
6. España	49	438
V. La comunicabilidad de las circunstancias en el § 26 del Código Penal	54	439
1. Determinación de las circunstancias a que hace referencia	57	440
2. Sobre la "responsabilidad"	61	441
3. Operatividad dentro del ámbito de lo injusto	68	443
4. Operatividad más allá de lo injusto	76	445
5. Aplicación de la comunicabilidad en los delitos especiales	82	447
6. El *extraneus* y su participación en los delitos especiales	83	447
VI. Bibliografía	93	450

§ 26.- Incomunicabilidad de las circunstancias en la intervención delictiva

"Las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible".

I. Introducción

El estudio de la incomunicabilidad de las circunstancias contenido en 1
el artículo 26 del Código Penal peruano incluye varios aspectos a examinar

para una mejor comprensión de su tratamiento; partiendo de las aportaciones que nos brinda la doctrina, atenderemos primero al estudio de la teoría general de las circunstancias como garantía de individualización de la sanción penal, de tal forma que su graduación guarde directa proporción con la medida que el hecho haya sido más o menos grave y la reprochabilidad de la conducta del autor mayor o menor; luego, reconociendo que la cuestión de si una circunstancia es comunicable o no se ubica dentro de las formas de intervención delictiva –autoría y participación–, resulta relevante ver la implicación que a estos efectos tiene el principio de accesoriedad de la participación; y, finalmente, atenderemos al alcance o la naturaleza jurídica de cada circunstancia, esto es, si se ubica dentro del ámbito de lo injusto, de la culpabilidad o en su caso de la punibilidad (como categorías esenciales del delito) para determinar si procede un efecto de comunicabilidad o de incomunicabilidad al resto de codelincuentes. Una vez examinados estos aspectos generales y tras efectuar una breve revisión del tratamiento de las circunstancias en el Derecho comparado, la labor consistirá en determinar la aplicación más idónea del artículo 26, abordando los dos modelos teóricos de configuración de las circunstancias modificativas de la responsabilidad: por un lado, el sistema legal de las circunstancias generales conformada por las circunstancias atenuantes y agravantes de la Parte General, que en principio proyectaría su ámbito de aplicación a todos los delitos; y, por otro lado, el sistema legal de circunstancias específicas, que incluye las atenuantes y las agravantes de la Parte Especial que proyectan su eficacia sobre un delito específico o sobre un grupo concreto de delitos.

II. Las circunstancias en el Derecho penal

1. Generalidades

2 Cuando hablamos de circunstancia, es común que ante todo intentemos descifrar cuál es la idea o el sentido a que nos conduce el vocablo. Así, desde un punto de vista etimológico circunstancia (del latín *circumstantîa* y, a su vez, de *circum* y *stare*) indica "lo que está alrededor" y, si en efecto la circunstancia es lo que está alrededor, entonces estamos frente a una realidad que nos presenta la relación entre una "sustancia" a la que se añade "algo", pero este algo añadido por sí mismo no tiene ningún valor autónomo si no es determinando a la primera. En Derecho penal, pues, nos estamos refiriendo a las circunstancias que se encuentran alrededor del delito o, lo que es lo mismo, a "las circunstancias del delito"; sin embargo, cabe destacar que las circunstancias no tienen ningún valor por sí mismas, sino que solo cobran significación ante a

ese núcleo esencial, dado que su presencia es accidental, accesoria, secundaria o no principal.

Haciendo una referencia histórica, señalaremos que las circunstancias surgieron como instrumento para hacer frente a los excesos del arbitrio judicial. Sin embargo, ahora se las entiende como una exigencia derivada del principio de proporcionalidad, de ahí que se las reconozca como una institución que da respuesta a la racionalidad exigida al poder sancionador y que posibilita el proceso de medición y modificación de la pena. 3

Para BUSTOS y HORMAZABAL[1], las circunstancias del delito son los elementos accidentales nominados o innominados[2] dentro de la estructura del delito, que influyen en la determinación de la pena, y es justamente su carácter accidental lo que implica que no constituyan (ni sean coconstitutivas) de lo injusto ni de la responsabilidad del sujeto. Por eso hay que diferenciarlas de aquellas que han pasado a formar parte de lo injusto o de la culpabilidad del respectivo delito, ya que un tipo legal, como es la descripción de un ámbito situacional, requiere ser *circunstanciado*[3]. 4

Es importante señalar, entonces, que las circunstancias influyen en la caracterización del delito, pero por su propio origen accidental no pueden constituirlo ni excluirlo, sino únicamente modificarlo –agravarlo o atenuarlo–, y de ahí que se afirme que "un delito con circunstancias y el mismo delito sin circunstancias no son (dos) delitos distintos pero sí es un (mismo) delito diferentemente caracterizado"[4]. 5

(1) BUSTOS RAMÍREZ, J. / HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho penal,* p. 493 ss.

(2) En el Código Penal español, salvo los factores de determinación judicial de la pena (mayor o menor gravedad del hecho y circunstancias personales del delincuente), las circunstancias son generalmente nominadas o predeterminadas. Un modelo de circunstancias innominadas lo encontramos, por ejemplo, en el Código Penal alemán.

(3) Respecto al delito circunstanciado, este viene a ser el delito simple al que se añade la concurrencia de determinadas circunstancias, planteándose entonces la controversia dogmática de si al aparecer estas circunstancias unidas al delito simple podemos estar o no frente a una nueva estructura normativa autónoma. Los polos de la controversia nos presentan la postura minoritaria que sostiene que al aparecer el delito circunstanciado –por la adición de determinadas circunstancias comunes junto con el delito simple– automáticamente configuraría una nueva tipología, diferente y autónoma del delito simple; la postura mayoritaria, sin embargo, sostiene que el delito circunstanciado vendría conformado por el delito simple (que sería el género) al que se añadirían determinadas circunstancias comunes de carácter accidental, dando lugar al delito circunstanciado (especie), de suerte que las circunstancias concurrentes, carentes de autonomía propia, vendrían a ser simples elementos de carácter accidental capaces tan solo de modificar la gravedad de la infracción, pero que no dan lugar a una nueva estructura normativa autónoma o independiente como, por ejemplo, el parricidio y el asesinato respecto del homicidio.

(4) BOLDOVA PASAMAR, M., *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva,* p. 41.

2. Naturaleza jurídica

6 Las circunstancias modificativas han sido siempre objeto de múltiples clasificaciones, de donde destacó la referida a la comprensión de su naturaleza jurídica. En la doctrina española fue muy común hasta varios años atrás distinguir entre circunstancias objetivas y subjetivas, así como conectar esta naturaleza jurídica con lo injusto y la culpabilidad. Conforme a ello, la naturaleza jurídica subjetiva hacía referencia a la culpabilidad (no comunicable), mientras que la naturaleza objetiva conectaría la circunstancia a lo injusto (comunicable). Sin embargo, como afirma DIEZ RIPOLLÉS,[5] es admitido prácticamente por todos que en lo injusto se dan con cierta frecuencia elementos subjetivos, así como que no hay obstáculos para que elementos objetivos, si bien son escasos, aparezcan en la culpabilidad. En consecuencia, no cabe establecer ninguna relación entre la naturaleza objetiva o subjetiva de una circunstancia y la determinación de su pertenencia a lo injusto o a la culpabilidad, siendo estas dos cuestiones independientes: la primera basada en el análisis de los elementos del tipo de las circunstancias y la segunda, en el fundamento de cada circunstancia en función del contenido de las categorías dogmáticas de la teoría del delito. Incluso el mismo autor expresa que resulta inconsistente intentar mantener un predominio entre elementos objetivos o subjetivos, pues resulta cuestionable su utilidad o mantener la dicotomía naturaleza objetiva-subjetiva. En este orden de ideas, refiere SALINERO[6] que el objeto de análisis ha de ser la naturaleza de cada circunstancia y, en este sentido, podrá la naturaleza misma servir de pauta clasificatoria pero no al revés. Solo así se puede esquivar la propensión a deducir de su carácter objetivo o subjetivo su pertenencia a lo injusto o la culpabilidad como tradicionalmente se ha venido haciendo. Ahora bien, no resulta en ningún momento clara, precisa ni concluyente la delimitación de lo objetivo y de lo subjetivo, sino que, por el contrario, resulta siempre relativa, pues generalmente se presenta una relación objetiva-subjetiva compleja y dialéctica; incluso el problema se agrava porque todas las circunstancias poseen al mismo tiempo componentes subjetivos y objetivos que hacen más difícil su inclusión en una u otra estructura. Si además de ello con esta clasificación se pretenden extraer consecuencias sobre su naturaleza jurídica y su carácter comunicable o incomunicable, entonces dicha clasificación no solo es imprecisa, sino incluso hasta nociva.

(5) DÍEZ RIPOLLÉS, J., "Naturaleza de las circunstancias modificativas, su referencia a los elementos del delito y el artículo 60 del Código Penal español". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. T. XXX, fascículo 3, p. 642.

(6) SALINERO ALONSO, C., "Naturaleza jurídica, fundamento y comunicabilidad de las circunstancias modificativas". En: ARROYO ZAPATERO, L. (coordinador), *Libro homenaje al doctor Marino Barbero Santos: In memoriam*, p. 1298.

Tal y como se ha afirmado, en consecuencia, resulta más adecuado hablar 7
de *circunstancias mixtas,* ya que todo deberá ser considerado y valorado desde su dimensión objetiva y subjetiva, es decir, un análisis particular de cada circunstancia debe distinguir entre sus componentes objetivos y subjetivos, pero de ahí a pretender clasificarlos otorgándoles una naturaleza jurídica de las que deriven consecuencias determinadas, hay una gran diferencia(7).

En conclusión, se puede hacer referencia a los elementos objetivos o sub- 8
jetivos de cada circunstancia, pero no asignar a las circunstancias en virtud de ello una pretendida naturaleza objetiva o subjetiva y, consiguientemente, su pertenencia a lo injusto o la culpabilidad. Como refiere SALINERO(8), "ni es cierto que se pueda caracterizar a una circunstancia como puramente objetiva o subjetiva, ni menos aún que de ello puedan extraerse consecuencias de cara a su fundamentación dogmática o su comunicabilidad o [su] incomunicabilidad a los partícipes en el hecho delictivo. No cabe hablar, por tanto, de la naturaleza jurídica de las circunstancias como si se tratara de algo único para todas las agravantes o [las] atenuantes. Tales determinaciones han de pasar necesariamente por un análisis individual de cada una de ellas, de su *ratio* y valoración legislativa y todo ello en el contexto del caso concreto de que se trate".

3. Función de las circunstancias

En la actualidad el debate ha variado su objeto y su orientación centrán- 9
dose en averiguar la razón o las razones por las que simples elementos accidentales pueden provocar un aumento o una disminución de la pena dentro del marco penal establecido legalmente para un determinado delito. Sobre esta cuestión y aún reconociendo el carácter de elementos accidentales del delito a las circunstancias modificativas, nos encontramos con dos posicionamientos claramente distintos. Por un lado, aquel sector de la doctrina mayoritario que orienta las circunstancias a la teoría del delito, cuya función es la de graduar la medida de lo injusto y de la culpabilidad (o, en su caso, de la punibilidad). Y aquellos otros autores, posición minoritaria, que reconducen su ubicación sistemática y su estudio a la teoría de la pena, es decir, sobre la mayor o menor gravedad de la reacción punitiva, cuya función esencialmente es de carácter político-criminal.

(7) BOLDOVA PASAMAR, M., *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva. Op. Cit.,* p. 61.

(8) SALINERO ALONSO, C., "Naturaleza jurídica, fundamento y comunicabilidad de las circunstancias modificativas". *Op. Cit.,* p. 1304.

10 Sin embargo, la discusión en torno a las circunstancias no puede considerarse cerrada. Así, con relación a los primeros, estos no dejan de reconocer que, en determinadas circunstancias modificativas, el peso específico recae en sus funciones político-criminales o que al menos revisten un papel significativo. De otro lado, los partidarios de la segunda orientación tampoco pueden dejar de reconocer que la sombra de lo injusto o de la culpabilidad se cierne, en mayor o menor medida, sobre las circunstancias. Incluso se relativiza más el tema si se parte de que lo injusto y la culpabilidad tienen contenidos político-criminales evidentes que impregnan no solo la teoría del delito como solución dogmática, sino todo el sistema penal.

11 Las circunstancias desempeñan una función de concreción del delito y, en consecuencia, de lo injusto y de la culpabilidad del hecho jurídico penalmente relevante, ya que aquellas se corresponden con la naturaleza graduable y los contenidos valorativos de estas categorías que permiten afirmar el delito (desvalor de la acción, desvalor del resultado y mayor o menor reprochabilidad). Por eso la variación o la modificación de la pena por la presencia de una circunstancia es consecuencia, a su vez, de que esta modifica *accidentalmente* el contenido de injusto o de culpabilidad, lo que supone aceptar como premisa inicial que tanto lo injusto como la culpabilidad son categorías graduables(9).

4. Clasificación de las circunstancias

4.1. Según su construcción legislativa: circunstancias generales y específicas

12 Dentro de la técnica de construcción legislativa, es importante atender a la descripción de las circunstancias atenuantes y agravantes en catálogos o listados más o menos amplios dentro de la Parte General; a estas circunstancias suele denominárseles *circunstancias generales.* Como contraposición tenemos aquellas circunstancias que son incluidas dentro de la estructura concreta de

(9) Salinero explica que lo **injusto** es graduable por dos vías: por el desvalor de la acción (que puede ser de carácter **subjetivo** y que aumenta o disminuye la responsabilidad, como actuar por precio o recompensa o por móviles éticos y altruistas, respectivamente; de carácter **objetivo** que se modula en función a las formas o modos de ejecución, como la alevosía o la nocturnidad; o de carácter **mixto** como es la circunstancia de parentesco que afecta a un mayor o menor desvalor del acto), y por el desvalor de resultado que también puede ser modulado a través de determinadas circunstancias, como el ensañamiento. Admite también que la **culpabilidad** tiene una estructura graduable en atención a alguno de los elementos que la conforman, como puede ser el caso de la menor imputabilidad –capacidad de culpabilidad– o las circunstancias de grave adicción y los denominados estados pasionales.

figuras delictivas que regula la Parte Especial y que denominaremos *circunstancias específicas*. En opinión de COBO y VIVES[10], las generales tienen virtualidad para todos los delitos cumpliendo su propia y genuina función de modificar la pena, mientras que las específicas forman parte del delito como auténtico elemento de su configuración legal.

4.2. Según la comunicabilidad entre partícipes y autores: circunstancias personales y materiales

13 Las circunstancias personales, referidas a datos íntimamente relacionados con el sujeto activo, son las que solo agravan o atenúan la responsabilidad de aquellos en quienes concurren. Mientras que las circunstancias materiales, referidas tanto al hecho como a los medios para realizarlo, agravan o atenúan a todos las que las han conocido en el momento de la acción o de su cooperación[11].

14 Respecto a este punto y a efectos de ver su correspondencia con la comunicabilidad, lo veremos con mayor detenimiento a continuación.

III. Autoría y participación, principio de accesoriedad y comunicabilidad de las circunstancias

1. Autoría y participación

15 En este aspecto y siempre dentro del contexto del estudio de las circunstancias, lo relevante es cómo se presentan las mismas cuando son varios los intervinientes en un delito, ya sea como autores o como partícipes.

16 En este extremo, PEÑARANDA[12] refiere que la mayor parte de las cuestiones dudosas que se presentan en el ámbito de la participación se reconducen a la problemática de en qué modo se han de repartir los elementos del tipo de delito entre los autores principales y los partícipes, qué elementos tiene que mostrar el partícipe y cuáles el autor principal. Ahora bien, el partícipe no tiene que realizar en su propia persona la totalidad de esos elementos, pues de ser así ya no sería un partícipe, sino un autor más del delito. De este modo y de acuerdo con una concepción restringida de autor (frente a un concepto unitario), la participación depende de que el hecho del autor principal muestre

(10) COBO DEL ROSAL, M., / VIVES ANTÓN, T., *Derecho penal. Parte general*, pp. 873-890.
(11) Otros autores prefieren hablar de circunstancias de ejecución de hecho, circunstancias ejecutivas o, incluso, circunstancias impersonales.
(12) PEÑARANDA RAMOS, E., *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, p. 344.

ciertas cualidades mínimas. Esta dependencia normativa y no meramente fáctica es lo que se denomina accesoriedad.

2. Principio de accesoriedad

17 Como venimos afirmando, el partícipe no realiza un tipo delictivo autónomo sino una actividad accesoria de un hecho principal ajeno. Por lo tanto accesoriedad significa que la participación requiere para su existencia de un hecho principal que es realizado por el autor.

18 Dentro del principio de accesoriedad deben tenerse en cuenta dos aspectos. En primer lugar, cabe preguntarse sobre la etapa delictiva que debe alcanzar el hecho principal para someter también a los participes a una responsabilidad penal, es decir, cuál debe ser el grado de realización del hecho delictivo por parte del autor para admitir la participación punible, en cuyo caso estamos hablando de *accesoriedad cuantitativa.* En segundo lugar, tenemos que analizar la cuestión referente a los elementos del delito que deben concurrir en la conducta del autor, a fin de que los partícipes puedan ser sancionados, es decir, qué características debe presentar el hecho para ser considerado punible, en cuyo caso se alude a la *accesoriedad cualitativa.*

19 Con relación al primer aspecto –accesoriedad cuantitativa de la participación–, la doctrina también hace referencia al principio de exteriorización y, de acuerdo con ello, la participación requiere para ser punible que el hecho principal haya alcanzado, al menos, la etapa de la tentativa, es decir, que el autor haya dado principio a la ejecución del delito.

20 Sobre la accesoriedad cualitativa, sin embargo, la doctrina ha planteado cuatro posiciones diferentes para condicionar la responsabilidad del partícipe: a) la accesoriedad mínima refiere que basta que el autor haya ejecutado una acción típica; b) la accesoriedad limitada, para la cual el autor debe haber ejecutado una acción típica y antijurídica; c) la accesoriedad extrema o máxima, que sostiene que el hecho cometido por el autor sea típico, antijurídico y culpable; y d) la hiperaccesoriedad, que establece que la punibilidad de los partícipes dependen también de que en el hecho concurran las condiciones objetivas de punibilidad y que no esté presente una excusa legal absolutoria.

21 Entonces, conforme afirma PEÑARANDA[13], es importante resaltar la relación que existe entre estas formas de accesoriedad y el alcance de la responsabilidad

(13) Ibídem, p. 337.

de los partícipes; así, mientras más requisitos deban concurrir en el hecho principal, es menor la posibilidad de hacer responder al partícipe; en cambio, cuanto menos sean los requisitos exigidos para el hecho del autor, más se amplía la posibilidad de extender la responsabilidad a los partícipes.

De todas estas posiciones, el sector mayoritario de la doctrina se inclina 22
por afirmar que es la accesoriedad limitada la que determina la punibilidad del partícipe, para tal efecto, basta que el hecho principal sea típico y antijurídico, no siendo necesario que sea culpable. La culpabilidad es de carácter personal e individual, por lo que cada interviniente en el delito debe ser sancionado según su culpabilidad, sin tomar en cuenta la culpabilidad de los demás. Sin embargo, es importante señalar que son detectables ciertas insuficiencias en la punibilidad del partícipe dentro del marco de la accesoriedad limitada que la estructura más simple de la accesoriedad mínima permitiría resolver sin dificultad, puesto que para ella la accesoriedad no desempeñaría ninguna función respecto a la antijuridicidad, al exigir para la punición del partícipe, únicamente un hecho típico de la parte especial.

Precisamente, como refiere CEREZO[14], la opinión dominante en la cien- 23
cia del Derecho penal español, considera que en el Código Penal rige el principio de accesoriedad limitada para los inductores los cooperadores necesarios y los cómplices. A favor de esta tesis se aduce que en los artículos 28 y 29 se habla de la realización o ejecución del "hecho" y la palabra hecho equivale (como en los incs. 1 y 2 del Art. 20) a acción u omisión típica y antijurídica. Pero la palabra "hecho" en los artículos 28 y 29 podría significar exclusivamente acción u omisión típica, aunque en los numerales 1 y 2 del artículo 20 incluyera la referencia a la antijuridicidad, del mismo modo que la palabra "delito" se utiliza en el Código Penal en diversos sentidos. BOLDOVA sostiene que, de acuerdo con la concepción personal de lo injusto que inspira el Código, lo correcto es mantener el criterio de accesoriedad mínima. Basta con que la conducta del autor sea típica para que los partícipes incurran en responsabilidad. La conducta del partícipe será punible aunque el autor esté amparado por una causa de justificación, salvo que la conducta del partícipe esté amparada también en una causa de justificación.

En tal sentido, no solo la culpabilidad, sino también la antijuridicidad 24
han de evaluarse individualmente y no conforme al conjunto de intervinientes, porque las causas de justificación tienen una naturaleza personal. De modo

(14) CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general III. Teoría jurídica del delito/2*, p. 230.

que para la justificación de la respectiva conducta deberá concurrir de forma personal una causa de justificación en cada uno de ellos. Se trata de ser fiel al principio por el cual cada uno responde por su propio injusto y por su propia culpabilidad, y así que el desconocimiento del partícipe de que el autor actúa amparado por una causa de justificación no justifique su comportamiento de modo automático y objetivo si a su vez no concurre un valor de acción de aquel. Y es que efectivamente no se trata de que tal o cual hecho típico esté o no globalmente justificado para todos los que intervienen en él, sino si lo está la contribución personal de cada codelincuente al referido suceso típico y, por lo tanto y por ejemplo, la del partícipe cuando su intervención es anterior al propio acaecimiento típico, la cual solo es lícita si sabe o espera que el hecho principal estará justificado, pero no cuando el hecho típico resulta que al final está amparado por una causa de justificación cuya concurrencia desconocía o no esperaba el partícipe. La coautoría demuestra que el mismo hecho puede ser lícito para un coautor e ilícito para el otro. Pero en el caso de la participación se añade que el partícipe realiza también un hecho propio (lícito o ilícito) aunque dirigido al hecho típico principal (lícito o ilícito a su vez). Por otro lado, sí es posible y se admite sin discusión que el partícipe quede exento de responsabilidad criminal, aunque el autor no lo esté en el caso concreto, porque concurra en aquel y no en este una causa de justificación (por ejemplo, cuando se ayuda a alguien a defenderse en legítima defensa, porque se le proporciona un arma, y el agredido se excede en la reacción defensiva o desconoce que concurren las circunstancias que sirven de base a una causa de justificación), es posible igualmente concebir la situación a la inversa y que la justificación del autor no se extienda necesariamente también al partícipe en determinadas circunstancias que pongan de manifiesto la ausencia de un valor de acción propio (por ejemplo, realizar esa misma ayuda a alguien que se pelea con otro sin saber que el auxiliado por él actúa en legítima defensa y lesiona o mata a su agresor con el arma que le proporcionó, lo que debería conllevar el castigo del partícipe). En suma, conforme a esta tesis la distinción entre autoría y participación es una cuestión que atañe exclusivamente a la tipicidad, pero no a las causas de justificación, en la medida que estas pueden aplicarse personal y directamente tanto a autores como a partícipes.

3. Comunicabilidad de las circunstancias

25 Partiendo de la idea generalizada tradicionalmente por la cual no se participa en el delito completo, sino en el hecho delictivo, esto es, en lo *injusto típico*, en consecuencia, la clave para resolver el problema de la imputación de los elementos personales se encontraba en la posición adoptada respecto a la

accesoriedad, y admitido por esa doctrina tradicional el principio de accesoriedad limitada, todas las circunstancias, incluso las de carácter personal que afectan al contenido de lo injusto del hecho, habrían de influir necesariamente sobre la punibilidad de los restantes intervinientes. En cambio, y dado que la culpabilidad de cada sujeto es independiente de la culpabilidad de los demás, los impropios elementos del tipo que no están en relación con lo injusto y que solo se refieren a la culpabilidad, deben ser valorados de modo estrictamente individual en los partícipes en quienes hubiesen concurrido.

Así, dentro de los sectores doctrinales, se ha podido establecer que las 26
reglas de la comunicabilidad de los sujetos tienen alcance diferenciado. En el Código Penal español la discusión tiene como punto de partida el vigente artículo 65 que dispone que las atenuantes y también agravantes que consistan en *cualquier causa personal agravarán o atenuarán la responsabilidad solo de aquellos en quienes concurran;* en cambio, *las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito.* Así, aquellas circunstancias que sean absolutamente personales no serán extensibles a los demás culpables (*incomunicables*) y las que no lo sean, es decir, aquellas otras que tengan relación con el hecho o su ejecución, o con los medios empleados para su realización, sí les serán aplicables si tuviesen conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito (*comunicables*).

Según lo anterior, cabe dudar razonablemente que las circunstancias perso- 27
nales que influyan directa y exclusivamente en la medida de lo injusto, tengan que ser obligatoriamente comunicables, sino precisamente lo contrario, incluso aun cuando hayan sido conocidas por el codelincuente en quien no concurre.

También paralelamente refiere ARIAS[15], citando a Carrara y su obra *Le* 28
circostanze del reato, que el *Códice Penale* italiano prestó especial atención a la comunicabilidad de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal entre los codelincuentes y así, en relación con las circunstancias personales concurrentes en uno de los delincuentes que poseían el efecto de "aumentar o disminuir su imputación" las consideraba no comunicables a los restantes partícipes, señalando de este modo que circunstancias como la reincidencia o la cualidad de forastero eran estrictamente personales y no comunicables.

(15) ARIAS EIBE, M., "Apuntes sobre el sistema italiano de las circunstancias del delito: Evolución del pensamiento penal moderno y aproximación al derecho actual". En: *Revista de la Universidad La Rioja* 4/2006, p. 131.

Respecto a los casos en que las cualidades agravantes consistieran en circunstancias materiales del hecho, reconocía la comunicabilidad a todos los partícipes siempre que fueran conocedores de las mismas y con el límite del exceso en que pudiera incurrir alguno (supuesto de no comunicabilidad).

29 Pues bien, la comunicabilidad o no de una circunstancia se realiza partiendo del análisis de la formulación legal de dicha circunstancia y de considerar su pertenencia a lo injusto o a la culpabilidad, sin que ello sea una regla absoluta, como tampoco lo era su naturaleza objetiva o subjetiva. Asimismo, no resulta fácil determinar la vinculación de una circunstancia con una persona o con el hecho. Una solución para estos casos viene dada por el predominio o la preponderancia de una vinculación sobre la otra. Así, no es definitivo determinar que algunas circunstancias pertenezcan al autor y otras al hecho, pues no se puede negar que existen las denominadas circunstancias "mixtas" que afectan tanto al hecho como al autor. Cuando los elementos subjetivos pertenecen a la culpabilidad, el resultado es la intransmisibilidad por el principio de culpabilidad, según el cual no se participa de la culpabilidad ajena, es decir, cada uno responde por su propia culpabilidad. Sin embargo, si los elementos subjetivos forman parte de lo injusto, la respuesta ya no es tan categórica, pues se admite la participación en lo injusto del autor, lo que no comprende solo la parte objetiva de un hecho, sino también el dolo y otros elementos subjetivos específicos de lo injusto, los cuales no pueden considerarse incomunicables. En tal sentido, la existencia de elementos subjetivos específicos en determinadas circunstancias "mixtas" no impondría necesariamente su incomunicabilidad. Lo que sí impone su incomunicabilidad es su naturaleza personal.

30 No obstante, la determinación del carácter personal o no de las circunstancias no siempre puede ser establecida de un modo categórico, sin considerar el caso en particular y la caracterización fáctica concreta en la que la circunstancia se manifiesta. De ahí que cuando una circunstancia no se muestre homogénea, es decir, cuando pueda considerársela una causa personal o una modalidad de la ejecución, ante ello es imprescindible analizar cada caso concreto en aras de resolver su comunicabilidad.

31 En este orden de ideas, SALINERO[16], siguiendo la posición de Alonso Álamo, señala que no es fácil la tarea de determinar cuándo una concreta circunstancia es personal o relativa a la ejecución y no porque no lo especifique la norma, sino porque existen circunstancias en principio personales en

(16) SALINERO ALONSO, C., "Naturaleza jurídica, fundamento y comunicabilidad de las circunstancias modificativas". *Op. Cit.*, p. 1319.

las que ese carácter personal sirve de base o se complementa con un especial momento o modo en la ejecución del hecho, es decir, circunstancias que no se agotan en el momento personal, sino que soportan una especial relación ejecutiva, por lo que la única vía para poder establecer frente a qué circunstancia nos encontramos es acudir a su *ratio* o *telos*, es decir, "buscando el sentido teleológico de la circunstancia", analizando su esencia y su *consistencia*. Es importante, entonces, determinar la primacía o la preponderancia de uno u otro momento –personal o ejecutivo–. Desde esta perspectiva, circunstancias aparentemente "mixtas" dejarán entrever, tras su examen, la mayor intensidad del momento personal o ejecutivo, lo que determinará su consideración de circunstancias comunicables o incomunicables. Así, por ejemplo, la circunstancia de alevosía podría considerarse "mixta", puesto que tradicionalmente se ha estimado que, junto al empleo de medios, modos o formas que facilitan la ejecución del hecho, la exigencia de que los mismos tiendan a asegurarla *sin riesgo* para su persona que pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido, revela una especial cobardía. Sin embargo, la presencia de ese momento personal, altamente discutible, no puede solapar el sentido de esta agravación: el *empleo* de especiales procedimientos en la ejecución del hecho. Esta problemática se reproduce de un modo más abierto o más complejo en circunstancias como el ensañamiento o los males innecesarios, en las que concurre un elemento de la disposición de ánimo que no es dudoso.

En conclusión, la ausencia de una concreta clasificación de circunstancias 32
comunicables e incomunicables y la presencia de momentos personales y ejecutivos en casi la mayoría de las circunstancias modificativas, revela la necesidad de analizar la *ratio* y la significación teleológica de cada una de ellas, comprobando su consistencia y la primacía o la preponderancia del momento personal o ejecutivo.

Asimismo a la polémica derivada por la consideración de que toda cir- 33
cunstancia personal pertenecía a la culpabilidad y, por el contrario, su caracterización como circunstancia de ejecución del hecho la hacía pertenecer a lo injusto, sin dejar de destacar el problema de desentrañar la preponderancia de uno de estos aspectos de la naturaleza jurídica en el caso, de las circunstancias mixtas, debemos añadir que ahora el foco de la discusión se amplía a la controversia suscitada en el seno de la doctrina con relación a su aplicación o no a las circunstancias específicas previstas en la Parte Especial del Código Penal. Sobre esta cuestión amplios sectores doctrinales se decantan por afirmar que las reglas sobre la comunicabilidad de las circunstancias no pueden ser aplicadas a ciertos elementos constitutivos o fundamentadores de los tipos, y si se

estimara aplicable a algún elemento que configura el delito de la Parte Especial es porque en el caso concreto, dichos elementos en el fondo siguen siendo circunstancias o se niega el carácter independiente del delito[17].

IV. Origen del precepto en el Derecho comparado

34 Habiendo realizado una revisión general respecto al tema de las circunstancias, partiendo esencialmente del punto de vista doctrinal en el que propiamente nos vemos influenciados por la referencia del sistema penal español, resulta importante además analizar al Derecho comparado a fin de tener conocimiento de su tratamiento en las diversas legislaciones, lo que nos permitirá comprender los diversos criterios y sobretodo el predominio de determinadas tesis que intentaremos reforzar.

1. Alemania

35 Dentro del sistema penal alemán el § 28, I *StGB* se limita a ordenar una atenuación de la pena para el partícipe al que le falten características personales esenciales que fundamentan la pena del autor. De otro lado, el § 28, II dispone que cuando la ley determina qué elementos personales especiales aumenta, disminuyen o excluyen la pena, esto rige solo para los intervinientes en los que concurran. Así pues, la punición por un tipo básico de delito que en cualquier caso ha sido cumplido también por el autor principal en la realización del tipo cualificado o privilegiado procederá la responsabilidad del partícipe en quien no concurra dicho elemento personal. De este modo, tal como señala PEÑARANDA[18], es ampliamente aceptado en la doctrina alemana que existe una serie de elementos en los tipos de los delitos cuyo tratamiento individualizado se impone por sí mismo, al ser elementos altamente personales.

36 Por aplicación del § 29 *StGB*, cada interviniente será castigado según su culpabilidad, sin consideración a la culpabilidad de los demás. Así, por ejemplo, el partícipe no queda exento de pena cuando en él mismo no concurra una causa de imputabilidad que sí concurra en el autor; a la inversa, toda participación en una conducta del autor que cumple el tipo de lo injusto, queda también impune cuando estas características concurren ciertamente en su persona, pero no en la del autor. De ello puede entenderse que las características

(17) Sobre este aspecto, algunos autores consideran que extender los efectos de las circunstancias generales a las específicas para favorecer al reo constituye en rigor la aplicación de una analogía *in bonam partem*.

(18) PEÑARANDA RAMOS, E., *La participación en el delito y el principio de accesoriedad. Op. Cit.*, p. 340.

especiales de la culpabilidad tienen que concurrir por tanto en cada interviniente para ser valoradas como tales.

2. Italia

El Código Penal italiano muestra todo un catálogo de circunstancias comunes en su Parte General, (Arts. 61[19], 62[20] y 62 bis[21] del *Codice Penale*), pero también contempla diversas circunstancias en la Parte Especial. A las circunstancias generales el citado Código dedica una serie de reglas para su aplicación que abordan circunstancias no conocidas o erróneamente supuestas; error sobre la persona del ofendido; aplicación del aumento o la disminución de pena; aumento de pena en el caso de una sola agravante; disminución de la pena en el caso de una sola atenuante; límite del aumento de pena en el caso de concurso de más circunstancias agravantes; y límite de la disminución de pena en el caso de concurso de más circunstancias atenuantes. 37

El modelo italiano de circunstancias, conforme refiere ARIAS[22], diferencia entre circunstancias de aplicación obligatoria, cuya apreciación deviene obligada para el juzgador en cuanto se constate la presencia de sus presupuestos, y circunstancias de aplicación discrecional en cuanto el juzgador dispone de un cierto margen de discrecionalidad para su apreciación o no, como sucede con las denominadas circunstancias atenuantes genéricas; del mismo modo se hace necesario diferenciar entre las denominadas circunstancias comunes o generales y las circunstancias especiales, de suerte que deben considerarse circunstancias comunes o generales las circunstancias que se pueden verificar en un número indeterminado de delitos (son las previstas en los artículos 61, 38

(19) Circunstancias agravantes comunes, las que agravan el delito cuando no son elementos constitutivos o circunstancias agravantes especiales, entre ellas: cometer un delito por móviles abyectos o fútiles, cometer un delito para ocultar otro delito, haber cometido el delito con crueldad sobre el ofendido, haber cometido el delito con abuso de poder o con violación de los deberes inherentes a la función pública, entre otros.

(20) Circunstancias atenuantes comunes: atenúan el delito cuando no son elementos constitutivos o circunstancias atenuantes especiales, entre ellas: haber actuado por motivos de particular valor moral o social, haber reaccionado encontrándose en estado de ira determinado por un injusto de otro hecho, haber reparado enteramente el daño antes del juicio mediante el resarcimiento cuando sea posible, entre otros.

(21) Circunstancias atenuantes genéricas: el juez, independientemente de las circunstancias previstas en el artículo 62, puede tomar en consideración otras circunstancias diversas que le permitan justificar una disminución de la pena. Estas son consideradas en cada caso para los fines de aplicación de la pena como una sola circunstancia la cual puede concurrir con una o más circunstancias del citado artículo 62.

(22) ARIAS EIBE, M., "Apuntes sobre el sistema italiano de las circunstancias del delito: Evolución del pensamiento penal moderno y aproximación al Derecho actual". *Op. Cit.*, p. 138.

62, 62 bis y en los artículo 112 y 114 del Código para el concurso de personas), mientras que las especiales son aquellas que la ley prevé para un determinado delito o para un grupo específico de delitos, encontrándose previstas en la Parte Especial del Código y en las leyes especiales.

39 De otro lado, y conforme al artículo 63 del *Codice Penale*, habría que diferenciar entre circunstancias que producen un efecto ordinario en la pena y las circunstancias determinantes de un efecto especial en la misma, considerándose a estos efectos como estas últimas a aquellas que implican un aumento o una disminución de la pena superior a un tercio de esta.

40 Por otra parte, no pueden dejar de mencionarse los aspectos relativos al artículo 117 del Código, referido al concurso en el delito propio y a la variación del título del delito por algunos de los concurrentes que, en opinión de FIANDACA e MUSCO[23], regula de manera expresa una hipótesis de delito diverso, debido ya no a una diferencia del delito programado, pero sí a la particular posición subjetiva de alguno de los concurrentes. En efecto, a su tenor, si por las condiciones o las cualidades personales del culpable, o por las relaciones entre el culpable y el ofendido, muta el título del delito para alguno de ellos, también los otros responden del mismo delito. Sin embargo, si este es más grave, el juez puede disminuir la pena respecto de aquellos en quienes no concurran las condiciones, las cualidades o las relaciones precedentes.

41 El artículo 118 se refiere también a la comunicabilidad de las circunstancias que agravan o disminuyen la pena vinculadas a motivos personales o especiales intenciones y que solo alcanzan a aquellos que las presentan; los citados autores opinan que, a la regla de la incomunicabilidad de circunstancias (agravantes o atenuantes) a los otros partícipes que estén referidas a motivaciones para delinquir, la intensidad del dolo, el grado de la culpa y a las circunstancias inherentes a la persona del culpable, le sigue la pregunta –por el silencio del 118– de a qué tipo de disciplina se encuentran sometidas las circunstancias diferentes a las mencionadas. La solución más correcta es la de mantener aplicable el régimen de las circunstancias generales de imputación, desde el momento en que el artículo 59 ha apuntado al objetivo de afirmar también en este terreno el principio de culpabilidad. Finalmente, como también refieren FIANDACA e MUSCO[24], el artículo 119 está referido a la comunicabilidad de las causas de exclusión de la pena, al afirmarse que se extienden a todos los concurrentes las circunstancias objetivas de exclusión de la pena, tales como:

(23) FIANDACA, G. / MUSCO, E., *Diritto penale. Parte generale*, p. 481.
(24) Ibídem, p. 486.

causas de justificación o eximentes cuya presencia suprime la antijuridicidad objetiva del hecho criminoso. La razón de tal extensibilidad es evidente: si las causas de justificación reducen esa adecuación entre el hecho típico y el ordenamiento jurídico repeliendo lícitamente el mismo hecho, no tiene por qué no proyectarse sobre todas las conductas que concurran en dicha relación. Así, si A provoca a otro lesiones personales para defenderse de una agresión injusta y B participa en el hecho brindándole el instrumento lesivo, la situación eximente de responsabilidad no solo comprende a A, sino también a B que lo socorre.

3. Brasil

El Código Penal de Brasil, en su artículo 30, dispone que no se comunican las circunstancias y las condiciones de carácter personal, salvo cuando fundamentan el delito. En opinión de PRADO[25], debe distinguirse entre las circunstancias referidas a la magnitud de lo injusto (datos materiales referidos al delito, tales como modo de ejecución, especie, tiempo ocasión, etc.) cuyo efecto es que se comunican a todos los que participan en el delito y, frente a ello, distingue las circunstancias relativas a la medida de la culpabilidad, que son las condiciones o las cualidades que afectan a la persona del agente como, por ejemplo, la reincidencia, la minoría de edad u otros motivos viles; estas tienen efecto de incomunicabilidad salvo excepciones, esto es, cuando sean elementos que fundamentan, es decir, datos esenciales y peculiares de la naturaleza de lo injusto específico, por ejemplo la condición de funcionario público o testigo. Según este autor, es indispensable en estos últimos casos que la circunstancia o la condición sea conocida por el partícipe. 42

4. Colombia

El Código Penal colombiano dispone en el artículo 62 que: 43

"Las circunstancias agravantes o atenuantes de carácter personal que concurran en el autor de la conducta no se comunican a los partícipes, y solo serán tenidas en cuenta para agravar o atenuar la responsabilidad de aquellos que las hayan conocido. 44

Las circunstancias agravantes o atenuantes de índole material que concurran en el autor, se comunicarán a los partícipes que las hubiesen conocido en el momento de la planeación o [la] ejecución de la conducta punible". 45

(25) PRADO, L., *Coméntarios ao Código Penal*, p. 177.

46 Puede observarse como regla general que las circunstancias personales del autor que agraven o atenúen la responsabilidad no se comunican salvo que el partícipe tenga conocimiento de ellas; mientras que las circunstancias de carácter material agravantes o atenuantes que concurran en el autor son comunicables siempre que el partícipe sepa de ellas durante su planeación o su ejecución. Es decir, se atribuye especial importancia al conocimiento de la circunstancia que concurre en el autor, independientemente del carácter personal o material de la misma.

47 Finalmente es digno de mención que esta regulación se está refiriendo siempre al carácter comunicable/incomunicable de las circunstancias que concurran en el autor, pero no dice nada de las que concurren directamente en el partícipe.

5. Argentina

48 El referente argentino respecto a la comunicabilidad de las circunstancias se encuentra en el artículo 48 del Código Penal que dispone lo siguiente: "Las relaciones, circunstancias y calidades personales, cuyo efecto sea disminuir o excluir la penalidad, no tendrán influencia sino respecto al autor o cómplice a quienes correspondan. Tampoco tendrán influencia aquellas cuyo efecto sea agravar la penalidad, salvo el caso en que fueren conocidas por el partícipe". Para autores como DONNA[26] esta disposición respeta el principio de culpabilidad del autor y está referida a elementos personales tipificados en la descripción de lo ilícito y que en razón de la especial posición del autor disminuyen o excluyen su punibilidad; asimismo, cabe señalar que la ley no regula específicamente el régimen a seguir en cuanto a las circunstancias personales que fundamentan la punibilidad, por lo que considera –siguiendo a BACIGALUPO– que corresponde la atenuación de la pena del partícipe que carece del elemento personal que fundamenta la punibilidad, aunque haya tenido conocimiento de esa circunstancia personal del autor.

6. España

49 El tratamiento de las circunstancias se encuentra previsto en el artículo 65 del Código Penal que refiere:

50 "1. Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravaran o atenuarán la responsabilidad sólo de aquellos en quienes concurran.

(26) DONNA, E., *La autoría y la participación criminal*, p. 111.

2. Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios 51
empleados para realizarla servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito.

3. Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurran las con- 52
diciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate".

Además, debe tenerse en cuenta que en el caso de delitos con circunstan- 53
cias que no modifican el título de imputación, sino que hacen que el delito sea más o menos grave, se puede afirmar que nos encontramos ante auténticas circunstancias y no hay problema para aplicar la regla de incomunicabilidad. Pero también puede darse el caso de circunstancias que atenúan o agravan un determinado hecho y, si bien no modifican el bien jurídico que protegen, sin embargo, sí dan lugar a un nuevo *nomen iuris* del delito o a un título de imputación diverso, como eran los casos del parricidio o del infanticidio respecto al homicidio (que el Código Penal de 1995 ya no recoge como hasta entonces era tradición en la legislación penal española). Finalmente, es posible que las circunstancias no se limiten únicamente a agravar la pena, sino que constituyan una nueva figura delictiva y en consecuencia se proteja un bien jurídico nuevo específico, como es el caso de la malversación considerada desde el sistema español, la cual no se entiende ya como un delito de apropiación indebida cualificado por la condición del sujeto activo como funcionario público, sino como un delito completamente independiente.

V. La comunicabilidad de las circunstancias en el § 26 del Código Penal

"Artículo 26: Las circunstancias y cualidades que afecten la responsabi- 54
lidad de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible".

Debemos partir en primer lugar de una definición amplia y ambigua res- 55
pecto a la comunicabilidad de las circunstancias, pues el citado precepto no tiene un sentido propio o estricto respecto a qué circunstancias y cualidades se refiere, debiendo entender que no solo alude a las circunstancias atenuantes y agravantes como elementos accidentales del delito, sino que comprende igualmente las eximentes que causan exclusión de responsabilidad y que están basadas en la culpabilidad del sujeto, como por ejemplo la anomalía psíquica;

incluso cabría plantearse conforme con el criterio de la accesoriedad mínima, si asimismo se extiende a las eximentes que consisten en causas de justificación que excluyen la antijuridicidad de la conducta.

56 Tampoco es muy preciso el precepto porque, además de no aludir a la culpabilidad o a lo injusto tampoco precisa si atañe a las circunstancias personales y a las no personales o relativas a la ejecución del hecho.

1. Determinación de las circunstancias a que hace referencia

57 La citada norma alude de modo genérico a "circunstancias y cualidades que afectan las responsabilidad", pero ¿a qué hace referencia, a las circunstancias personales y a las relativas a la ejecución del hecho? y ¿a qué supuestos se circunscriben, al ámbito de lo injusto, de la culpabilidad, o también de la punibilidad? Del mismo modo, cabría preguntarse: ¿se refiere a las circunstancias de la Parte General o comprende también a las de la Parte Especial?

58 Ahora bien, tomando como punto de partida que el artículo 26 señala que las circunstancias y cualidades que afectan la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican la de los otros autores o partícipes, se infiere de ello que se trata de las circunstancias y cualidades de naturaleza personal que por su origen y sus efectos son incomunicables. En este sentido, siguiendo la regla general sobre la comunicabilidad sostenida por la doctrina, se observa que el Código Penal asume esta posición en la idea de que una circunstancia personal ha de ser aquella que no puede ser transmitida a los intervinientes que concurran en la comisión del delito, mientras que una circunstancia impersonal o relativa a la ejecución del hecho se comunica a todos los que conozcan su concurrencia en el hecho. Así, por ejemplo, si X (extraño) induce al hijo para que mate a su padre, X respondería como inductor de homicidio y no de parricidio (a pesar de que ha inducido a un parricidio): la circunstancia personal agravante no se comunica del autor al partícipe[27]. Si A coopera en el robo que perpetra B portando un arma de fuego, ambos intervinientes responderán por el delito de robo agravado: la circunstancia no personal agravante sí se comunicará del autor al partícipe que conoce de su existencia.

(27) Existe una diferencia cuando el inductor sabe que está induciendo a un parricidio, pues conoce la relación entre autor y víctima, de los casos en que desconoce el vínculo, pues en este supuesto es perfectamente lógico que responda solo por homicidio, que es a lo que ha inducido, sin ninguna otra consideración adicional. Ahora bien, precisamente en aras de diferenciar un caso de otro, en el primer supuesto si el extraño responde de homicidio se le deberá agravar la pena dentro del marco penal precisamente por conocer la circunstancia personal.

En consecuencia, son las circunstancias o cualidades personales las que 59
se caracterizan por no ser comunicables entre los autores y partícipes de un delito, a diferencia de las no personales que sí son comunicables, siempre que el interviniente tenga conocimiento de ellas. De este modo, como refiere HURTADO[28], la individualización de la pena respecto a cada uno de aquellos intervinientes no será influenciada favorable o desfavorablemente por la presencia de las circunstancias o cualidades personales de los otros partícipes.

De otro lado, atendiendo a la ubicación sistemática del artículo 26, den- 60
tro de la autoría y participación, y con los anteriores ejemplos descritos, puede afirmarse que la comunicabilidad de las circunstancias es aplicable tanto a la Parte General como a la Parte Especial del Código Penal.

2. Sobre la "responsabilidad"

De otro lado, cuando se habla de las "circunstancias y cualidades que 61
afecten la responsabilidad", debemos ser cuidadosos con esta expresión, pues todas las circunstancias y las cualidades, sean de lo injusto o de la culpabilidad, afectan la responsabilidad.

Ahora bien, para darle un contexto al término "responsabilidad", parti- 62
remos por entenderlo en su sentido amplio como de "responsabilidad penal" que, en opinión de VILLAVICENCIO[29], puede afectar de diversas maneras, ya sea agravando, atenuando o excluyendo la punibilidad. A diferencia de otras interpretaciones restrictivas, esta permite estudiar los diferentes grupos de casos en que una circunstancia o cualidad personal, sea cual fuere su origen y su esfera de aplicación, es incomunicable de unos a otros intervinientes en el hecho punible, y esto como paso previo para la delimitación específica de su contenido, que de este modo incluye los supuestos de: a) incomunicabilidad en la determinación y la individualización judicial de la pena por hechos, datos o relaciones genéricas de carácter innominado; b) incomunicabilidad de las circunstancias personales que afectan a lo injusto o a la culpabilidad; y c) de los presupuestos personales de punibilidad en sentido estricto.

Consecuentemente, al hablar de "afectar la responsabilidad", conviene des- 63
tacar las únicas tres maneras en que esta puede hacerlo ya sea agravándola, atenuándola o excluyéndola. Ello precisamente determina la existencia en el Código Penal de diversas circunstancias y cualidades personales que agravan,

(28) HURTADO POZO, J., *Manual de Derecho penal. Parte general I*, p. 881.
(29) VILLAVICENCIO TERREROS, F., *Código Penal comentado*, p. 154.

atenúan y excluyen la responsabilidad penal[30]. Quedaría en todo caso por resolver los supuestos en los que la cualidad o la circunstancia fundamenta la responsabilidad, para los cuales este precepto no sería aplicable.

64 Cabe destacar que encontramos numerosas circunstancias personales en las Partes Generales y Especial del Código Penal que pueden afectar la responsabilidad penal de un interviniente, influyendo sobre los elementos del delito (injusto o culpabilidad) o que sean determinantes en la sanción (factores de individualización judicial de la pena). Así también, no existe ninguna dificultad para aplicar el citado precepto tanto a los delitos comunes como a los delitos especiales impropios –a los propios no es posible porque el elemento personal fundamenta–, ello en vista de estar referida a circunstancias y cualidades personales; en tal sentido, las circunstancias generales que se encuentran en la Parte General tienen una finalidad dosimétrica para la imposición de la pena, mientras que las circunstancias específicas sirven para configurar tipos agravados (ejemplo, parricidio) o privilegiados (ejemplo, infanticidio).

65 Se puede identificar entonces que en el Código Penal los factores para la determinación y la individualización judicial de la pena despliegan un efecto agravante o atenuante (por ejemplo, la edad para los casos de imputabilidad restringida o la pluralidad de agentes, respectivamente[31]), las circunstancias que afectan la culpabilidad o lo injusto un efecto agravante, atenuante y excluyente (la condición de pariente que puede ser tanto agravante como atenuante, así como el error invencible que excluye la responsabilidad[32]) y los presupuestos de la punibilidad, un efecto atenuante o excluyente (por ejemplo: la reparación espontánea del daño o la minoría de edad, respectivamente[33]).

66 De este modo consideramos que, efectuando una interpretación según el sentido al que pretende aludir el artículo 26, deducimos como regla que "las circunstancias y cualidades personales que agravan, atenúan o excluyen la responsabilidad penal no son comunicables entre los autores y partícipes del hecho punible". Sin embargo, se debe tener cuidado de no confundirlas con aquellas circunstancias personales que *fundamentan* la responsabilidad penal,

(30) Sobre este aspecto señala HURTADO POZO que el término responsabilidad ha reemplazado al de culpabilidad que era utilizado en el Código Penal de 1924, por lo que estas circunstancias y cualidades no comprenden aquellas que fundamentan la tipicidad o antijuridicidad.

(31) Véase el artículo 46 incisos 8, 7 del Código Penal.

(32) Véanse los artículos 107, 110 y 14 del Código Penal.

(33) Véanse los artículos 46 inciso 2, y 20 inciso 2 del Código Penal.

las cuales sí son comunicables del autor al partícipe, por aplicación del principio de accesoriedad.

Para determinar la operatividad del artículo 26, resulta conveniente insis- 67
tir a qué ámbito al que se refiere el citado precepto alude la incomunicabilidad de las circunstancias, es decir, si comprende las que se ubican en lo injusto o si también a las que sobrepasan el mismo, esto es, las que pertenecen a la culpabilidad o a la punibilidad.

3. Operatividad dentro del ámbito de lo injusto

El partícipe en un hecho delictivo ajeno realiza un injusto propio, al que en 68
su caso también le corresponde una culpabilidad propia e independiente. Pero lo injusto del partícipe, siendo propio no es independiente. Como se ha señalado anteriormente, el partícipe realiza un injusto que como no es típico (él no realiza directamente el hecho de un tipo legal) está condicionado por el injusto típico realizado por el autor, por lo que el desvalor de la participación procede del desvalor del hecho principal. Si se es fiel a la rígida aplicación del principio de accesoriedad esto obligaría a que el autor comunicara al partícipe todas las circunstancias o cualidades que afectan a lo injusto, lo que traería como consecuencia que autores y partícipes responderían siempre por el mismo contenido del injusto penal (o no responderían), sin tomar en cuenta la regla general de que las circunstancias o cualidades personales no influyen en el otro. Un tratamiento semejante originaría la comunicabilidad de todas y cada una de las circunstancias personales, que afectan a lo injusto, lo cual vulneraría el principio de que cada codelincuente debe responder por su propio injusto y por su propia culpabilidad. Si conforme a la tradición jurídica, está claro que cada interviniente en un delito debe responder conforme a su propia culpabilidad, sin consideración de la de los demás, también ha de juzgársele según su propio injusto, en la medida que ello sea posible. Y ello será posible en relación con aquellas circunstancias personales que agravan, disminuyan o excluyan lo injusto, pero no respecto de aquellas otras circunstancias personales que fundamenten lo injusto típico (precisamente porque el partícipe no lo realiza).

Para la determinación del contenido de lo injusto realizado por un sujeto 69
no se deben considerar los elementos personales que afecten a alguno de los intervinientes y no a otros. En otras palabras, así como un autor o un partícipe en el que concurre alguna circunstancia o cualidad personal que afecta a su injusto no puede ser tratado jurídicamente como si dicha circunstancia no concurriera, igualmente un autor o un partícipe que no la presenta no puede ser tratado como si la tuviera.

70 De este modo, imponer como condición para la punibilidad del partícipe la existencia de un hecho típico (y antijurídico según la accesoriedad limitada) del autor no impide que el partícipe responda esencialmente en función de su propio injusto, esto es, por su personal desvalor de la acción y para ello el mecanismo de fundamentación de lo injusto del partícipe no difiere en lo básico del que compete al autor. Este orden de ideas sugiere una reflexión respecto a la comunicabilidad de las circunstancias que afectan la responsabilidad entre los intervinientes de un hecho delictivo en el plano de lo injusto, contrariamente a lo que sostiene la mayoritaria posición de la doctrina, por lo que puede señalarse que no resulta adecuado afirmar categóricamente su transmisibilidad con carácter general, pues el punto de partida de la accesoriedad limitada se torna relativo cuando el contenido de lo injusto del partícipe, si bien depende del injusto del autor, procede de su propia actuación y dependiendo tan solo del hecho típico del autor, en cierta medida presenta autonomía.

71 Como se ha señalado[34], puede colegirse que la doctrina acepta la idea de que la culpabilidad es una cuestión personal e individual que se verifica al margen de los intervinientes, por lo tanto, siendo la culpabilidad ajena a la accesoriedad, se ha pasado a presuponer que de algún modo la antijuridicidad está sometida a la accesoriedad o al menos a cierto grado de ella[35].

72 En tal sentido, ¿es posible hablar de la comunicabilidad de las circunstancias que afectan la responsabilidad de los intervinientes a nivel de lo injusto? La respuesta presenta dos variables que se traducen en si dichas circunstancias *fundamentan* lo injusto o si tan solo lo *afectan o excluyen.*

73 Las circunstancias o las cualidades personales que fundamentan lo injusto son aquellas imprescindibles, exigidas por la ley en la creación de una conducta típica y antijurídica, pero que no inciden en su agravación o su atenuación. Comprobamos, sin perjuicio de una ulterior matización de esta cuestión, si una circunstancia o una cualidad fundamenta lo injusto cuando el comportamiento no es punible en caso de faltar dicha circunstancia; si a pesar de esto el hecho sigue siendo punible, no fundamentará lo injusto[36].

(34) Boldova Pasamar, M., *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva. Op. Cit.*, p. 150.

(35) Como ya se indicó, Hurtado Pozo es de la idea que solo afecta la culpabilidad mas no así a la tipicidad y antijuridicidad; sin embargo, Villavicencio Terreros considera que las circunstancias y cualidades personales son elementos pertenecientes a todos los niveles valorativos jurídico-penales.

(36) Sobre este aspecto en particular volveremos al tratar el punto de su aplicabilidad en los delitos especiales.

Respecto a las circunstancias o cualidades que afectan a lo injusto, este se manifiesta agravándolo (tipos penales agravados o cualificados), atenuándolo (tipos penales atenuados o privilegiados, causas de justificación incompletas) o excluyéndolo (causas de justificación completas). 74

De este modo, las circunstancias y cualidades personales que afectan a lo injusto son incomunicables y tienen un efecto agravante o atenuante solo para el codelincuente en quien concurra. Igualmente las circunstancias y cualidades personales que excluyen lo injusto (causas de justificación) deben seguir el mismo tratamiento conforme a la teoría de la accesoriedad mínima. De otro lado, sin embargo, las circunstancias y cualidades personales que fundamentan lo injusto resultan comunicables bajo la condición de que sean conocidas por aquel en quien no concurran. 75

4. Operatividad más allá de lo injusto

Como señaláramos anteriormente, la ambigüedad del precepto normativo al referirse a "responsabilidad" genera que puedan incluirse dentro de su interpretación las circunstancias y cualidades que afectan la culpabilidad y la punibilidad, sin dejar de atender incluso a los factores de determinación e individualización judicial de la pena, y así es como lo hemos considerado desde el inicio. En tal sentido, no es procedente la comunicabilidad de las circunstancias o cualidades que afectan la culpabilidad, ello en virtud al principio de culpabilidad[37] por el cual cada sujeto interviniente en un hecho delictivo debe ser sancionado con independencia de la culpabilidad del otro, es decir, solo cuenta su propia y personalísima culpabilidad. En consecuencia, las circunstancias y cualidades que afectan a la culpabilidad de un autor o un partícipe no se comunican a los otros autores y partícipes. 76

Entre las circunstancias que afectan la culpabilidad tenemos por ejemplo, la anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o de la percepción del artículo 20, inciso 1; la minoría de edad del artículo 20 inciso 2; y la imputabilidad restringida del artículo 22; el actuar en estado de necesidad exculpante del artículo 20, inciso 5 y el actuar compelido por miedo insuperable del artículo 20, inciso 7; entre otros[38]. 77

(37) El principio de culpabilidad es un principio general del Derecho y en su desarrollo interactúa con el principio de accesoriedad (tanto limitada como mínima), de ahí que su aplicación es siempre personalísima e intransmisible, por lo que la incomunicabilidad de las circunstancias que afectan la culpabilidad (es decir, las que agravan, atenúan, fundamentan o excluyen) no se desprende originariamente del artículo 26, sino en dicho principio que a su vez informa en parte al citado artículo.

(38) Así tenemos el caso de un enfermo mental que colabora con el autor para cometer un homicidio, solo aquel estará exento de pena mientras este responderá por el delito cometido.

78 También es importante hacer referencia a que la Parte Especial del Código Penal recoge circunstancias y cualidades personales incomunicables entre los autores y partícipes, y ello cuando estos elementos están configurados exclusivamente en el ámbito de la culpabilidad, determinando la aparición de un tipo cualificado o privilegiado; así, por ejemplo, cometer el delito bajo el estado puerperal, la emoción violenta, móviles egoístas o altruistas, etc.

79 Respecto a los presupuestos de punibilidad, los cuales se encuentran fuera de la estructura delictiva, también debemos mencionar que algunos de ellos, por ejemplo, las excusas absolutorias con carácter general (Art. 208 del Código Penal), tienen naturaleza personalísima y por ello deben ser valoradas y apreciadas específicamente en cada interviniente del delito en quien concurran. Además existen otras circunstancias personales e incomunicables a las que la ley recurre en algunos casos en uso de sus atribuciones de carácter político-criminal (circunstancias posdelictivas que no afectan ni a lo injusto ni a la culpabilidad del hecho), podemos mencionar, por ejemplo, la confesión sincera, la reparación espontánea luego de cometido el delito, etc.

80 Mención aparte debe hacerse a los factores de determinación e individualización judicial de la pena, que encontramos en el artículo 46 y sus ampliaciones 46-A, 46-B, 46-C del Código Penal, pues guardan especial vinculación con el precepto en estudio. Así tenemos que el artículo 46 está referido propiamente a estos factores de individualización, de los cuales los parágrafos 3, 6, 8, 9, 10, 11, 12 y 13 obedecen a circunstancias de carácter personal. El artículo 46-A alude a una circunstancia agravante de carácter personal por la condición del sujeto activo. Los artículos 46-B y 46-C, referidos a reincidencia y habitualidad, respectivamente, constituyen circunstancias generales de especial significación penal o de eficacia penológica extraordinaria; así pues, estos criterios constituyen circunstancias y cualidades personales incomunicables que afectan la responsabilidad penal de aquel en quien concurran, de modo que la pena la impondrá el juez dentro del marco de referencia penal al que correspondan los hechos, atendiendo a su sentido agravante o atenuante, según convenga al caso concreto.

81 Vemos entonces que dentro del proceso de individualización de la pena, si dos personas cometen un delito o una coopera con la otra, según el caso, las circunstancias establecidas en los artículos 45[39], 46 y siguientes del Código Penal pueden determinar la agravación o la atenuación de la responsabilidad

(39) El artículo 45 establece tres presupuestos para fundamentar y determinar la pena, y que si bien no se distinguen claramente de los referidos al 46, 46-A, 46-B, 46-C, consisten en circunstancias de

penal de la persona en quien concurran, pero ello no afecta al otro interviniente cuando dichos factores y circunstancias sean personales.

5. Aplicación de la comunicabilidad en los delitos especiales

82 Hemos hecho referencia a que es mayoritaria la opinión de la doctrina de tomar como punto de partida el principio de accesoriedad limitada para admitir que solo es comunicable lo ilícito del autor al partícipe (lo injusto). Se diría más, según el principio de accesoriedad mínima, lo único comunicable sería el hecho típico. Ahora bien, la solución al problema de la participación en los delitos especiales pasa por distinguir entre los delitos especiales propios, referidos a aquellas figuras delictivas que para la realización de lo injusto, se requiere la concurrencia de una determinada cualidad especial y que en ausencia de la misma carecen de una figura común paralela, esto es, una que se pudiera realizar aunque careciera de esa calidad personal; por ejemplo, delito de prevaricación de un juez; y los delitos especiales impropios, que se caracterizan porque la condición del sujeto fundamenta una punición distinta dentro del mismo tipo de lo injusto, pero sin afectar su esencia, y que a diferencia de los primeros tienen una figura común paralela, por ejemplo, parricidio-homicidio. En virtud de ello, en los delitos especiales propios, basados en un mayor contenido del injusto, o como dijéramos líneas arriba, que lo fundamentan, la responsabilidad del sujeto no cualificado se basará en la figura del delito realizado por el autor principal; mientras que en los delitos especiales impropios, el partícipe responderá por el delito común correlativo[40].

6. El *extraneus* y su participación en delitos especiales

83 Para la resolución de esta cuestión existen dos tesis contrapuestas: la teoría de la *individualización de responsabilidades* y la teoría de la *unidad del título de imputación* que se basa en el principio de accesoriedad de la participación.

84 Según la *teoría de la individualización de responsabilidades,* que se basa en la teoría de la ruptura del título de imputación, los tipos penales de delitos especiales impropios se refieren exclusivamente a los *intranei*. De esta forma, el particular que colabora dolosamente con un funcionario público en la comisión

carácter personal los apartados 1 y 2, y en cambio es una circunstancia objetiva o impersonal la del apartado 3.

(40) De opinión distinta es BRAMONT-ARIAS, quien siguiendo el criterio de unidad del título de la imputación, refiere que en los delitos especiales impropios, cuando el agente directo presenta una característica especial y los partícipes no, todos responden por el delito especial aunque no tengan esa cualificación. V. BRAMONT-ARIAS TORRES, L., *Manual de Derecho penal. Parte general*, p. 420 ss.

de un peculado responderá por un delito de hurto, mas no por el de peculado; esta tesis recurre al dominio del hecho para graduar la responsabilidad, pues el *intraneus* será autor del delito especial y el *extraneus* partícipe del delito común subsidiario, en tanto que aquel posea el dominio del hecho. Sin embargo, si es el *extraneus* quien ostenta el dominio del hecho, el *intraneus* será partícipe del delito especial, mientras que el *extraneus* será autor del delito común. Se observa entonces que esta tesis rompe con el principio de accesoriedad de la participación, pues atribuye tanto al *extraneus* como al *intraneus* delitos diferentes, cuando los dos emanan de un mismo hecho punible, aunque partan de la consideración que el peculado es un tipo agravado respecto al tipo penal del hurto. En el caso español, la relación entre una figura de malversación y apropiación indebida no es considerada como un tipo cualificado y un tipo base, respectivamente, a pesar de que haciendo abstracción de la función del autor, el hecho encaje en el tipo de la apropiación indebida, porque aquí y a diferencia de un delito especial impropio como el parricidio, el bien jurídico afectado por el delito es distinto (patrimonio versus correcto funcionamiento de la Administración Pública).

85 La *teoría de unidad del título de imputación* admite la sanción del *extraneus* como partícipe del delito especial impropio, cometido por el autor *intraneus*. Bajo esta posición se refuerza la vigencia del principio de accesoriedad de la participación respecto de la autoría y reconoce que la incomunicabilidad se aplica únicamente a las circunstancias modificativas de la responsabilidad (entendiéndola en su sentido amplio de culpabilidad o punibilidad), mas no para las que fundamentan lo injusto. A la inversa, el *intraneus* que participa en el delito común del *extraneus* no responde del tipo penal cualificado o privilegiado, sino de su participación en el delito común.

86 Además, conforme se ha señalado[41], a la solución que ofrecen las tesis individualizadoras para los casos de participación de extraños en delitos especiales impropios, subyace un "concurso de leyes", resuelto en un sentido valorativo-personal; ello en virtud de que es posible calificar al partícipe por un delito común (con base en la no concurrencia de la circunstancia) o por el especial (en virtud del conocimiento de la concurrencia de la cualidad especial en el autor); para ello se aceptará la calificación que resulte más próxima con el contenido personal de lo injusto y de la culpabilidad, en cada caso.

(41) Boldova Pasamar, M., *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva. Op. Cit.*, p. 346.

Abundando sobre lo anterior, la solución que se plantea, sin embargo, es 87
alcanzar al *término medio ideal* en la calificación jurídica, en los casos de participación en delitos especiales impropios, es decir, la pena del *extraneus* que colabora en el delito especial debería ser superior a la del sujeto que colabora en un delito común e inferior a la del *intraneus* que lo hace en uno especial. Por ejemplo, dentro de la tesis de unidad, GIMBERNAT propone castigar al extraño que participa en un parricidio como partícipe de dicho parricidio con la agravante de "no parentesco". De otro lado GRACIA[42] ha elaborado una original solución en los casos de delitos contra la vida; así para este autor los elementos de los tipos agravados y privilegiados no son meras circunstancias, sino elementos del tipo, por lo tanto elementos constitutivos de este que fundamentan lo injusto específico del respectivo tipo privilegiado o agravado. En consecuencia, al tratarse de elementos del tipo y no de circunstancias deben ser sometidos al régimen jurídico de la tipicidad, lo que entre otros afecta el tratamiento del error y la participación. En lo que respecta a la participación, que es lo que nos ocupa, construye los siguientes supuestos:

a) Cuando el pariente es autor y el extraño partícipe, este último res- 88
ponde participación en parricidio y participación en homicidio en concurso, pues también, siguiendo la tesis de GIMBERNAT orientada a alcanzar el término medio ideal en la valoración jurídica, en el extraño concurren elementos de signo desfavorable (conocimiento del pleno supuesto de hecho) y favorable (no pariente) que deben ser compensados. El mecanismo para ello no es otro que el concurso ideal.

b) Cuando pariente y extraño son coautores, la solución para el extraño 89
es la misma y fundamentalmente por las mismas razones.

Ahora bien, en opinión de VILLA STEIN[43], en los delitos especiales impro- 90
pios (parricidio, infanticidio) la ley peruana sigue la tesis de la mínima accesoriedad, y las atenuantes o agravantes serán personalísimas para autores y partícipes. En cambio, BRAMONT-ARIAS[44] opina que en los delitos especiales impropios, tomando como base los criterios de la unidad de título de la imputación y la accesoriedad de la participación, se puede afirmar que si el autor tiene características o cualidades especiales y los partícipes no, todos responden por el delito del autor; si el autor no tiene características o cualidades

(42) DÍEZ RIPOLLÉS, J. / GRACIA MARTÍN, L., *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida independiente y libertad*, p. 98.
(43) VILLA STEIN, J., *Derecho penal. Parte general*, p. 332.
(44) BRAMONT-ARIAS TORRES, L., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 421.

especiales y algún partícipe sí, todos responderán por el delito del autor; solo en caso de coautoría entre uno que tenga características o cualidades especiales y otro no, se sanciona independientemente a cada uno por el delito cometido. El citado autor refiere que para el caso de los delitos especiales propios, en donde no hay correspondencia del delito especial con uno común, el sujeto común solo puede responder como partícipe del delito especial.

91 En efecto, en los delitos especiales propios solo hay dos posibilidades en torno al enjuiciamiento del partícipe extraño en ese delito, consiste en llevar hasta sus últimas consecuencias la individualización de la responsabilidad y al no existir figura común paralela consideraría impune dicha participación (solución absolutamente insatisfactoria). La otra es mantenerse en la unidad del título de la imputación y hacer responder al partícipe extraño con la misma pena que el autor cualificado (solución relativamente satisfactoria).

92 En la doctrina europea se opta unánimemente por la segunda solución, pero la misma precisa de una corrección, porque el partícipe extraño realiza un injusto distinto (inferior) que el del autor cualificado, dado que el primero no infringe deberes jurídicos especiales que solo vinculan al autor. De este modo se explica en la regulación alemana y española que se prevea la atenuación (facultativa, aunque debiera ser obligatoria) de la pena para el partícipe extraño, o si esta permisión legal no existiera, deberá acudirse a una atenuante por analogía *in bonam partem* o a los factores de individualización judicial de la pena.

VI. Bibliografía

93 Arias Eibe, Manuel José, "Apuntes sobre el sistema italiano de las circunstancias del delito: evolución del pensamiento penal moderno y aproximación al Derecho actual". En: *Revista de la Universidad La Rioja* 4/2006; Boldova Pasamar, Miguel Ángel, *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva.* Civitas, Madrid, 1995; Bramont-Arias Torres, Luis Miguel, *Manual de Derecho penal. Parte general.* 2ª Edición. Eddili, Lima, 2002; Bustos Ramírez, Juan / Hormazábal Malarée, Hernán, *Lecciones de Derecho penal.* Trotta, Madrid, 1999; Cerezo Mir, José, *Curso de Derecho penal español. Parte general III. Teoría jurídica del delito/2.* Tecnos, Madrid, 2004; Cobo del Rosal, Manuel / Vives Antón, Tomás, *Derecho penal. Parte general.* 5ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999; Díez Ripollés, José Luis, "Naturaleza de las circunstancias modificativas, su referencia a los elementos del delito y el artículo 60 del Código Penal español". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* T. XXX, fascículo 3, setiembre-diciembre 1977; Díez Ripollés, José Luis / Gracia Martín, Luis, *Delitos contra bienes jurídicos*

fundamentales. Vida independiente y libertad. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993; DONNA, Edgardo Alberto, *La autoría y la participación criminal.* 2ª Edición. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002; FIANDACA, Giovanni / MUSCO, Enzo, *Diritto penale. Parte generale.* Quarta edizione aggiornata. Zanichelli Editore, Bologna, 2006; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en el Derecho penal.* Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones e Intercambio, Madrid, 1966; HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal. Parte general I.* 3ª edición. Grijley, Lima, 2005; PEÑARANDA RAMOS, Enrique, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad.* Tecnos, Madrid, 1990; PRADO, Luiz Regis, *Coméntarios ao* Código Penal. 2ª edición. Revista Dos Tribunais, São Paulo, 2002; SALINERO ALONSO, Carmen, "Naturaleza jurídica, fundamento y comunicabilidad de las circunstancias modificativas". En: ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto (coordinador), *Libro homenaje al doctor Marino Barbero Santos: In memoriam.* Volumen 1. Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, Toledo, 2001; VILLA STEIN, Javier, *Derecho penal. Parte general.* 2ª edición aumentada y actualizada. San Marcos, Lima, 2001; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Código Penal comentado.* 3ª edición, 1ª reimpresión. Grijley, Lima, 2002.

§ 27
Actuar en lugar de otro

PERCY GARCÍA CAVERO
Universidad de Piura
(Perú)

Sumario

	Nm	P
I. La finalidad político-criminal del "actuar en lugar de otro"	2	454
II. El fundamento dogmático del actuar en lugar de otro	10	461
1. El delito especial como delito de infracción de un deber	11	462
2. El delito especial como delito de dominio	16	466
3. Interpretación personal	19	469
3.1. Los delitos especiales en sentido amplio: la competencia por organización	22	471
3.2. Los delitos especiales en sentido estricto: la competencia institucional	24	473
3.3. Conclusión	26	475
III. La interpretación del artículo 27 del Código Penal	27	476
1. Los requisitos del actuar en lugar de otro en delitos especiales que se imputan por una competencia por organización	30	478
1.1. La relación de representación	31	478
1.2. Actuar como órgano de representación o como socio representante	37	483
1.3. La realización del tipo penal	44	487
1.4. Los elementos especiales deben concurrir en la representada	45	489
2. Los requisitos del actuar en lugar de otro en delitos especiales que se imputan por competencia institucional	47	491
3. Consecuencia jurídica del actuar en lugar de otro	50	493
IV. Supuestos especiales de actuaciones en lugar de otro	51	493
V. Bibliografía	53	494

§ 27.- Actuación en nombre de otro

"El que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad y realiza el tipo legal de un delito es responsable como autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurran en él, pero sí en la representada".

El artículo 27 del Código Penal regula lo que se ha venido a denominar como la cláusula de "actuar en lugar de otro". Por medio de esta regulación de la Parte General se castiga como autor de un delito especial al que, actuando como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad, realiza el tipo penal, 1

aunque no reúna la calidad exigida para poder ser autor del delito, sino que esta recae sobre su representada. Se trata de una cláusula de extensión del círculo de autores de los delitos especiales.

I. La finalidad político-criminal del "actuar en lugar de otro"

2 A la figura del "actuar en lugar de otro" se le asigna actualmente la finalidad político-criminal de cubrir el vacío de punibilidad que se presenta cuando un delito especial es cometido por alguien que, sin reunir el elemento especial de autoría, actúa en lugar de una persona natural o jurídica(1). Sin embargo, la razón histórica de este instituto jurídico-penal es un tanto más limitada. El actuar en lugar de otro fue una respuesta ante la completa impunidad que suscitaba la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos especiales(2). El hecho de que a la imposibilidad de aplicar sanciones penales a la persona jurídica se le uniera un respeto estricto del principio de legalidad, llevó a una situación de impunidad en los delitos especiales realizados por sus órganos o representantes(3), pues los elementos del tipo no se verificaban plenamente en un único sujeto de imputación, sino que se repartían entre la persona jurídica y el miembro individual que realizaba el delito(4): mientras que el estatus personal que fundamentaba el delito especial recaía en la persona

(1) Una afirmación que viene desde hace mucho de la doctrina penal alemana (*vide*, por ejemplo, Bruns, H., "Über die Organ- und Vertreterhaftung im Strafrecht". En: *JZ* 1/2, p. 14; Gallas, W., "Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs". En: *ZStW* 80, p. 21), y que es destacada permanentemente por Gracia Martín, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*. Tomo I, pp. 20, 26. Del mismo modo, en el Derecho penal español Bacigalupo Zapater, E., "Responsabilidad penal de órganos, directivos y representantes de una persona jurídica (el actuar en nombre de otro)". En: Cobo Del Rosal, M. (director), *Comentarios a la legislación penal*, pp. 317, 324 y s.; Octavio de Toledo, E., "Las actuaciones en nombre de otro". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* T. 37, p. 28. En el Perú, Meini Méndez, I., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, p. 96.

(2) *Vide*, así, Bruns, H., "Über die Organ- und Vertreterhaftung im Strafrecht". *Op. Cit.*, p. 12; Labsch, K., "Die Strafbarkeit des GmbH-Geschäftsführers im Konkurs der *GmbH*". En: *Wistra*, 1985, p. 4; Marxen, K., *Nomos Kommentar* § 14, n.m. 6; Roxin, C., *LK*, § 14, n.m. 3; Octavio de Toledo, E., "Las actuaciones en nombre de otro". *Op. Cit.*, p. 24; Gracia Martín, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*. Tomo I. *Op. Cit.*, pp. 3 ss., 6, 168 ss.; Bajo Fernández, M. / Pérez Manzano, M. / Suárez González, C., *Manual de Derecho penal. Parte especial*, p. 576; Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general*, L 7/54; Silva Sánchez, J., "El actuar en lugar de otro (artículo 31) en el nuevo Código Penal español". En: *Estudios de Derecho penal*, p. 126.

(3) *Vide* Bruns, H., "Über die Organ- und Vertreterhaftung im Strafrecht". *Op. Cit.*, p. 13.

(4) Esto es una descripción objetiva de la situación que se presentaba ante los tribunales, lo cual no implica que asuma la tesis de la disociación –sobre ello *vide*, por todos, Gracia Martín, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*. Tomo I. *Op. Cit.*, p. 69 ss. No se trata de una responsabilidad por el hecho de otro, como se verá a continuación.

jurídica, era su órgano o representante quien ejecutaba la conducta prohibida[5]. Sucedía así que la persona jurídica no podía ser sancionada penalmente por carecer de capacidad delictiva y el miembro individual tampoco, por no reunir la calidad especial de autoría exigida por el tipo penal[6].

3 La laguna de punibilidad se hizo patente por primera vez en la jurisprudencia alemana; concretamente, en la sentencia del *preußisches Obertribunal* de 9 de noviembre de 1874[7] que decidió un caso de delito de bancarrota simple conforme al entonces vigente § 283-2 del RStGB[8]. Se trataba del procesamiento de un miembro del consejo de administración de una sociedad cooperativa que había suspendido sus pagos, por haber llevado los libros de comercio de la persona jurídica de manera desordenada. El problema de imputación de responsabilidad suscitado era que la conducta de bancarrota descrita por el § 283-2 del RStGB solo podía ser realizada por "el deudor" y dicha cualidad especial recaía sobre la sociedad, pero no sobre su órgano de administración[9]. Luego de una sentencia en primera instancia que forzó claramente el término deudor para poder incluir también al miembro del consejo de administración de la cooperativa[10], el Tribunal Supremo prusiano decidió absolver al acusado con el fundamento de que el delito de bancarrota solo puede ser cometido por el "deudor" que haya suspendido "sus" pagos, y este obviamente no era el caso del administrador de la cooperativa. A pesar de la estricta interpretación que se hizo del entonces § 283-2 del RStGB, la solución se mostró absolutamente insatisfactoria desde el punto de vista político-criminal de la persecución y efectiva sanción por la realización de conductas antijurídicas[11].

(5) *Vide* Bruns, H., "Über die Organ- und Vertreterhaftung im Strafrecht". *Op. Cit.*, p. 12.

(6) *Vide* Wiesener, A., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Stellvertretern und Organen*, p. 18.

(7) Una descripción bastante clara de este caso, *vide*, Blauth, P., *"Handeln für einen anderen" nach geltendem und kommendem Strafrecht*, p. 17; Gracia Martín, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal.* Tomo I. *Op. Cit.*, p. 3 ss.; Schünemann, B., *Leipziger Kommentar* (*LK*). *Op. Cit.*, 11, § 14, n.m. 2.

(8) Actualmente, la regulación de los delitos concursales ya no se hace en el Código Penal, sino en la ley especial, es decir, la *KO*. El § 283-2 del *RStGB* se corresponde con el actual § 240-3 de la *KO*.

(9) *Vide*, en este sentido, la exposición de Blauth, P., *"Handeln für einen anderen" nach geltendem und kommendem Strafrecht. Op. Cit.*, p. 17.

(10) *Vide*, sobre esta interpretación del tribunal *a quo*, Bochmann, H., *Teilnahme und Handeln für einen anderen*, p. 12 (cit. por Gracia Martín, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal.* Tomo I. *Op. Cit.*, p. 3). Sobre la posición del fiscal general, que afirmaba también una responsabilidad del administrador de la cooperativa, vid., Schäffer, H., "Referat zum Thema 'Handeln für einen anderen' –Organhaftung–". En: *NGrStrK, IV*, p. 547; Schünemann, B., *Leipziger Kommentar (LK), 11. Op. Cit.*, § 14, n. m. 2.

(11) *Vide*, en el mismo sentido, respecto de la legislación penal española antes de la reforma de 1983, Muñoz Conde, F., "La responsabilidad penal de los órganos de las personas jurídicas en el ámbito de las insolvencias punibles". En: *Cuadernos de Política Criminal* N° 3, p. 161 ss.

4 La situación de impunidad en los tribunales llevó a que posteriormente el legislador alemán estableciera mecanismos para cubrir los mencionados vacíos de punibilidad. Es así que con ocasión de la promulgación de la Ordenanza Concursal Alemana (KO), del 10 de febrero de 1877, incluyó en esta ley especial no solo la tipificación de los delitos concursales, sino también una cláusula (§ 214[12]) que ampliaba el círculo de destinatarios de algunos de los tipos penales a los administradores de las sociedades[13]. Sin embargo, esta solución al problema presentó rápidamente sus defectos, pues si bien las dificultades se salvaban para algunos de los delitos concursales, el vacío de punibilidad se mantenía en otros delitos concursales a los que la cláusula de extensión de punibilidad no alcanzaba[14]. Esto motivó que incluso dentro de la propia KO tuvieran lugar decisiones del RG que absolvieron a los representantes y administradores, justamente porque la cláusula del § 244 no era aplicable a todos los delitos concursales, sino solamente a algunos de ellos[15]. Por otra parte, en otros ámbitos de actuación de las personas jurídicas, como por ejemplo el de la ejecución de embargos, se presentaron igualmente vacíos de punibilidad cuando, siguiendo con el ejemplo, el patrimonio amenazado con el embargo era de una persona jurídica y la conducta de frustración del embargo la realizaba alguno de sus órganos o representantes[16]; el RG en varias decisiones absolvió a los representantes de las personas jurídicas amenazadas con embargos porque no concurría en ellos la amenaza de embargo[17].

(12) Que luego pasó a ser el § 244 *KO* (*vide* RIMMELSPRACHER, B., "Strafrechtliche Organ-, Vertreter und Verwalterhaftung". En: *JZ*, 1967, p. 473; SCHÜNEMANN, B., *Leipziger Kommentar (LK)*, 11. *Op. Cit.*, § 14, n. m. 2). En el Derecho penal accesorio (*Nebenstrafrecht*) se presentaron, por el contrario, varias normas que extendieron la responsabilidad a los representantes y administradores de personas jurídicas; así, por ejemplo, el § 151 *GewO* y el § 103 RAO; *vide*, en este sentido, BLAUTH, P., *"Handeln für einen anderen" nach geltendem und kommendem Strafrecht. Op. Cit.*, p. 41 ss., desde la perspectiva de considerar los delitos como de omisión impropia.

(13) *Vide*, en este sentido, GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal.* Tomo I. *Op. Cit.*, p. 4.

(14) *Vide*, en este sentido BRUNS, H., "Über die Organ- und Vertreterhaftung im Strafrecht". *Op. Cit.*, p. 13, quien señala que mediante el § 244 de la *KO* de ninguna manera el legislador había formulado una norma general sobre la extensión de los tipos penales a los órganos que actúan en situación de representación. Esto fue un fallo decisivo del legislador que mantenía las lagunas de punibilidad en otros delitos concursales y, por supuesto, en otros ámbitos de actuación de las personas jurídicas. *Vide*, en el mismo sentido, BLAUTH, P., *"Handeln für einen anderen" nach geltendem und kommendem Strafrecht. Op. Cit.*, p. 17, quien además resalta la no inclusión de los representantes legales tanto de una persona natural como jurídica.

(15) *Vide*, en este sentido, BRUNS, H., "Über die Organ- und Vertreterhaftung im Strafrecht". *Op. Cit.*, p. 13, atendiendo, sobre todo, a la prohibición de analogía. *Vide*, también, BLAUTH, P., *"Handeln für einen anderen" nach geltendem und kommendem Strafrecht. Op. Cit.*, p. 17.

(16) *Vide*, en este sentido, ibídem p. 18.

(17) *Vide*, en este sentido, *RGSt*, 16, 121 ss.; 60, 234 ss.; 63, 134. La referencia a estas sentencias: BRUNS, H., "Über die Organ- und Vertreterhaftung im Strafrecht". *Op. Cit.*, p. 13; RIMMELSPRACHER, B., "Strafrechtliche Organ-, Vertreter und Verwalterhaftung". *Op. Cit.*, p. 473; BLAUTH, P., *"Handeln*

Frente a la deficiente solución legislativa y la situación de cierta ambigüedad en la jurisprudencia[18], la doctrina penal alemana buscó fundamentar una solución satisfactoria al problema. *De lege lata* se propuso una interpretación de los tipos penales vigentes que permitiese incluir dentro del círculo de destinatarios de la norma de los delitos especiales también a los órganos y representantes de la persona jurídica[19]. En esa línea, RIBKA sostuvo, a partir de reconocer una capacidad de acción jurídico-penal de las personas jurídicas, que su órgano de administración podía responder como un cómplice *extraneus* del delito especial[20]. Por su parte, NAGLER fundamentó mediante una comprensión de la norma jurídico-penal como un imperativo[21] la necesidad de trasladar, en el caso de los incapaces de actuar, el cumplimiento de los deberes jurídicos a los sujetos que actúan por el incapaz, de manera que el deber de representación no se encuentre limitado al ámbito del negocio jurídico, sino que abarque también la observancia de los deberes jurídico-públicos en el ámbito del Derecho penal[22]. Por último, cabe mencionar también la perspectiva fáctica de análisis defendida por BRUNS y WIESENER, quienes sostuvieron que la vía correcta para cubrir los mencionados vacíos de punibilidad era una adecuada interpretación de los tipos penales de la Parte Especial que fuese independiente de los conceptos jurídico-civiles y orientada al sentido fáctico-natural de los elementos del tipo penal correspondiente[23]. Pese a los argumentos esgrimidos por todas estas propuestas de interpretación, el legislador penal no los consideró suficientemente convincentes, por lo que emprendió el trabajo de solucionar legalmente el vacío de punibilidad.

für einen anderen" nach geltendem und kommendem Strafrecht. Op. Cit., p. 18; BUSCH, *LK*, 9, § 50a, n.m. 3; ROXIN, C., *LK. Op. Cit.*, § 14, n. m. 1; SCHÜNEMANN, B., *Leipziger Kommentar (LK)*, 11. *Op. Cit.*, § 14, n. m. 2.

(18) *Vide* la referencia a esto en ROXIN, C., *LK. Op. Cit.*, § 14, n. m. 2.

(19) *Vide*, en este sentido, la propuesta de RIMMELSPRACHER, B., "Strafrechtliche Organ-, Vertreter und Verwalterhaftung". *Op. Cit.*, p. 475 ss., respecto del delito de frustración de ejecución forzosa. Otra alternativa en este sentido es la que para los delitos de insolvencia en el Derecho penal español propuso MUÑOZ CONDE, F., "La responsabilidad penal de los órganos de las personas jurídicas en el ámbito de las insolvencias punibles". *Op. Cit.*, p. 168 ss., en el sentido de buscar algunos tipos comunes generales en los que pudiera subsumirse la conducta del representante.

(20) *Vide*, así, RIBKA, H., *Strafbares Handeln als Organ einer Körperschaft*, p. 40 ss.

(21) *Vide*, NAGLER, J., *Die Teilnahme am Sonderverbrechen*, p. 4 ss. *Vide*, también, el juicio al pensamiento de NAGLER de BLAUTH, P., *"Handeln für einen anderen" nach geltendem und kommendem Strafrecht. Op. Cit.*, p. 31; SCHÜNEMANN, B., *Leipziger Kommentar (LK), 11. Op. Cit.*, § 14, n. m. 3.

(22) *Vide*, en este sentido NAGLER, *LK* II, 7, p. 547. *Vide*, igualmente, la exposición crítica de BLAUTH, P., *"Handeln für einen anderen" nach geltendem und kommendem Strafrecht. Op. Cit.*, p. 31.

(23) BRUNS, H., *Können die Organe juristischer Personen, die im Interesse ihrer Körperschaften Rechtsgüter Dritter verletzen, bestraft werden?*, pp. 84 ss., 110 ss.; BRUNS, H., "Über die Organ- und Vertreterhaftung im Strafrecht". *Op. Cit.*, p. 15; WIESENER, A., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Stellvertretern und Organen. Op. Cit.*, p. 25 ss.

6 *De lege ferenda* se recomendó la inclusión de normas particulares en los tipos penales de la Parte Especial o, mejor aún, de una cláusula general que ampliasen la conminación penal del delito especial también a los representantes de las personas jurídicas[24]. Las propuestas legislativas, sin embargo, no se materializaron rápidamente, sino que tuvieron un camino bastante largo. El legislador penal alemán, siguiendo más o menos el modelo de la KO, incluyó dentro del círculo de destinatarios de la norma de varios delitos especiales al representante legal y, en algunos casos, incluso al representante voluntario[25]. Pero la posible inclusión de una cláusula general sobre la responsabilidad de los representantes fue mucho más debatida, pues, a pesar de las indicaciones de HOFACKER[26] sobre la necesidad de cubrir los vacíos de punibilidad mediante tal norma general, la reforma penal alemana de 1933 no la tuvo en consideración[27]. Fue recién con el proyecto de 1936 que se incluyó una disposición penal general sobre la responsabilidad de los órganos que ciertamente significó un avance prelegislativo en el problema del actuar en lugar de otro[28].

(24) *Vide*, en este sentido, MUÑOZ CONDE, F., "La responsabilidad penal de los órganos de las personas jurídicas en el ámbito de las insolvencias punibles". *Op. Cit.*, p. 172; OCTAVIO DE TOLEDO, E., "Las actuaciones en nombre de otro". *Op. Cit.*, p. 38.

(25) *Vide*, en este sentido, BLAUTH, P., *"Handeln für einen anderen" nach geltendem und kommendem Strafrecht. Op. Cit.*, p. 41 ss.; ROXIN, C., *LK. Op. Cit.*, § 14, n. m. 2; SCHÜNEMANN, B., *Leipziger Kommentar* (*LK*), 11, § 14, n. m. 3.

(26) HOFACKER, W., *Die Staatsverwaltung und die Strafrechtsreform*, pp. 328, 429.

(27) *Vide*, en este sentido, BUSCH, R., *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, p. 52 ss.; BRUNS, H., "Über die Organ- und Vertreterhaftung im Strafrecht". *Op. Cit.*, p. 13.

(28) La primera formulación de la responsabilidad del órgano en los trabajos oficiales de reforma fue hecha en un sentido negativo: "Si el autor actúa por otro, especialmente como órgano, representante o encargado de una persona jurídica o natural, esta circunstancia no se opone a su castigo". La crítica de MEZGER en el sentido de sustituirla por una redacción en sentido positivo llevó finalmente a la redacción del § 6 denominado *"Handeln für einen anderen"* que establecía lo siguiente: "La amenaza penal vale también para el órgano o representante que actúa por otro". *Vide*, con mayores detalles, *Deutsche Justiz*, 1935, p. 1517; BRUNS, H., "Über die Organ- und Vertreterhaftung im Strafrecht". *Op. Cit.*, p. 462; BLAUTH, P., *"Handeln für einen anderen" nach geltendem und kommendem Strafrecht. Op. Cit.*, p. 46 ss.; WIESENER, A., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Stellvertretern und Organen. Op. Cit.*, p. 13; MARXEN, K., *Nomos Kommentar. Op. Cit.*, § 14, n.m. 6.

Los proyectos de 1958[29], 1959[30], 1960 y 1962[31] recogieron con alguna que otra modificación[32] la norma del "actuar en lugar de otro". Mediante la Ley introductoria a la Ley de contravenciones (EGOWiG) del 24 de mayo de 1968 finalmente se incluyó el actuar en lugar de otro en el § 50 del StGB (como § 50a)[33] y que después, con la segunda Ley de reforma penal de 1969, que entró en vigencia en 1975 y que cambió la numeración del StGB, pasó al actual § 14 del StGB.

El largo proceso de maduración de la regulación de la cláusula del actuar 7
en lugar de otro en la legislación penal alemana sirvió para definir mejor su ámbito de aplicación. Una de las primeras cosas que quedó clara es que no debía restringir su aplicación a las actuaciones en lugar de personas jurídicas, sino que también debía alcanzar a quien actúa en lugar de una persona natural. Por esta razón, la figura del actuar en lugar de otro se ha ampliado a situaciones en las que la transferencia de posiciones o deberes provenientes de una especial situación jurídica no viene impuesta por un impedimento punitivo, sino por una voluntaria asunción o traslación de deberes[34]. Del mismo modo, se ha llegado a concluir que no es necesaria una relación de representación eficaz en términos jurídico-civiles, sino que puede ser aplicada a sujetos que actúan fácticamente "en el lugar de otro", aun cuando no posean propiamente una relación de representación (legal o voluntaria)[35]. También se

(29) *Vide*, BRUNS, H., "Über die Organ- und Vertreterhaftung im Strafrecht". *Op. Cit.*, p. 461, en el que transcribe el § 14 del *StGB*-Entwurf 1958: "Quien actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica, como su miembro o como representante legal de otro, será castigado como autor:
1. Si los elementos personales especiales que fundamentan la penalidad no se presentan en él, pero sí en su representado
2. Si la penalidad presupone un actuar en interés propio y el representante actúa en interés del representado".

(30) *Vide*, el § 15 del proyecto de 1959 I y el § 14 del proyecto de 1959 II, en BLAUTH, P., *"Handeln für einen anderen" nach geltendem und kommendem Strafrecht. Op. Cit.*, p. 49.

(31) *Vide*, RIMMELSPRACHER, B., "Strafrechtliche Organ-, Vertreter und Verwalterhaftung". *Op. Cit.*, p. 472.

(32) *Vide*, la evolución de la redacción de la cláusula del actuar en lugar de otro en los distintos proyectos de Código penal en BLAUTH, P., *"Handeln für einen anderen" nach geltendem und kommendem Strafrecht. Op. Cit.*, p. 46 ss.

(33) *Vide*, la discusión en la Gran Comisión de reforma del Derecho penal, *Niederschriften*, 4. Band, pp. 62, 312 y ss, 545 y s. *Vide*, también, BUSCH, *LK*, 9. Aufl., § 50a, n.m. 1 y ss.; MARXEN, K., *Nomos Kommentar. Op. Cit.*, § 14, n. m. 1 y 6; SCHÖNKE, A. / SCHRÖDER, H., *StGB*, § 14, n.m. 2; ROXIN, C., *LK. Op. Cit.*, § 14, p. 80.

(34) *Vide*, en este sentido, GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*. Tomo I. *Op. Cit.*, p. 20 ss.

(35) *Vide*, por ejemplo, SCHÜNEMANN, B., *Leipziger Kommentar* (*LK*). *Op. Cit.*, § 14, n. m. 12; GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*. Tomo I. *Op. Cit.*, p. 351. *Vide*, para el caso de mandatarios que obran bajo propia responsabilidad, FRISCH, W., "Problemas fundamentales de la

ha considerado incorrecto limitar su aplicación a los delitos especiales propios, debiendo alcanzar también a los delitos especiales impropios. Lo que sí ha suscitado mayor discusión es si puede incluirse también los casos en los que el tipo penal exige un elemento subjetivo de tendencia egoísta que solamente reúne el que actúa en lugar de otro(36).

8 En España, la cláusula del actuar en lugar de otro entra en la legislación penal mediante la Ley de Reforma Urgente de 1983 que incorpora el artículo 15 bis al Código Penal anterior de 1973. Hasta antes de esa incorporación legislativa, la doctrina penal se había limitado simplemente a enunciar el problema del actuar en lugar de otro y a reclamar una solución *de lege ferenda*(37). La jurisprudencia de los tribunales españoles, por el contrario, raras veces se había planteado el problema y, cuando lo hizo, no tuvo ningún inconveniente en resolverlo bajo la lógica de que son los miembros individuales de la persona jurídica los que deben responder por los delitos cometidos en el marco de su actividad. Puede ser que este enfoque del problema influyera en la configuración que adoptó finalmente la cláusula del actuar en lugar de otro en la legislación penal española, pues su aplicación se limitó a las actuaciones en lugar de las personas jurídicas. Otro punto asumido por la regulación española fue la exigencia de una relación de representación del actuante con la persona jurídica ("directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria"), lo que presentaba dificultades para poder incluir los casos de actuación de órganos de administración fácticos. La crítica formulada por la doctrina penal española sobre estos puntos específicos a la formulación primigenia del actuar en lugar de otro fue decisiva para que, al entrar en vigencia el Código Penal actual de 1995, se estableciera una regulación general que no solo incluyera a las actuaciones en nombre de personas naturales, sino que abriera su círculo de aplicación a los llamados administradores de hecho(38).

9 En el caso peruano, fue absoluta la falta de discusión previa a la incorporación de la cláusula del actuar en lugar de otro en el artículo 27 del Código Penal. Si bien la legislación penal peruana contaba anteriormente con algunas disposiciones especiales para salvar el problema de legalidad en determinados

responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa". En: MIR PUIG, S. / LUZÓN PEÑA, D. (coordinador), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y representantes y responsabilidad por el producto*, p. 124.

(36) *Vide* al respecto la discusión GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal.* Tomo I. *Op. Cit.*, p. 137 ss.

(37) *Vide*, GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal.* Tomo II, p. 3.

(38) *Vide*, ampliamente, GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, p. 161 ss.

delitos especiales como en la llamada quiebra impropia del artículo 254 del Código Penal de 1924[39] o el artículo 19 segundo párrafo del Decreto Ley N° 18275 de 1971 que reguló el mercado de giros de moneda extranjera, lo cierto es que nunca se planteó la problemática de manera general y mucho menos se formularon propuestas de solución. Esto explica que en los primeros proyectos de reforma al Código Penal actual no existiera una disposición similar (Proyecto de 1985 y 1986). Es recién con los proyectos de 1990 (Art. 32) y 1991 (Art. 27) que se estatuye lo siguiente: "El que actúa en representación de persona jurídica responde penalmente, aunque no concurran en él, pero sí en la representada, las condiciones, cualidades y relaciones que la correspondiente figura del delito requiera para ser sujeto activo del mismo". La fuente de esta propuesta prelegislativa era la regulación penal española de ese entonces, lo que significó arrastrar también sus deficiencias. Lo llamativo es que, pese a que la legislación penal española ha corregido esas deficiencias hace más de veinte años, en el Perú seguimos anclados a una regulación con serias limitaciones. Por ello, su finalidad político-criminal se reduce, en el caso peruano, a sancionar como autores a los representantes de una persona jurídica que realizan un delito especial sin reunir el elemento especial de autoría exigido por el tipo penal.

II. El fundamento dogmático del actuar en lugar de otro

La doctrina es unánime al reconocer que la cláusula general que regula 10
el "actuar en lugar de otro" se encuentra directamente vinculada a los delitos especiales[40]. Los delitos especiales se caracterizan por que el tipo penal exige

(39) *Vide*, Hurtado Pozo, J., "Personas jurídicas y responsabilidad penal". En: Hurtado Pozo, J. (director), *Anuario Derecho Penal '96: Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, p. 146 ss. De otra interpretación, Ugaz Zegarra, F., "Análisis del artículo 27 del Código Penal peruano: aproximación al estudio del actuar en lugar de otro". En: *Revista Bibliotecal: edición bicentenario 1804-2004* N° 7, p. 144.

(40) *Vide*, en este sentido, Bruns, H., "Grundprobleme der strafrechtlichen Organ- und Vertretenhaftung (§ 14 *StGB*, § 9 *OWiG*)". En: *GA*, 1982, p. 14 s.; Blauth, P., *"Handeln für einen anderen" nach geltendem und kommendem Strafrecht. Op. Cit.*, p. 59; Schünemann, B., Voz: "Handeln für einen anderen". En: Krekeler, W. / Tiedemann, K. / Ulsenheider, K. / Weinmann, G. (Hrsg.), *Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, p. 1; Marxen, K., *Nomos Kommentar. Op. Cit.*, § 14, n.m. 2; Bacigalupo Zapater, E., "Responsabilidad penal de órganos, directivos y representantes de una persona jurídica (el actuar en nombre de otro)". *Op. Cit.*, p. 315; Gracia Martín, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal.* Tomo I. *Op. Cit.*, p. 88; Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, L 7/67; Rodríguez Mourullo, G. / Jorge Barreiro, A., *Comentarios al Código Penal*, p. 176; Silva Sánchez, J., "El actuar en lugar de otro (artículo 31) en el nuevo Código Penal español". *Op. Cit.*, p. 125 ss.; Núñez Castaño, E., *Responsabilidad penal de la empresa*, p. 113; Castillo Alva, J., "El actuar en lugar de otro: responsabilidad penal de los órganos representantes y socios representantes de una persona jurídica. El caso peruano". En: *Normas Legales* N° 279,

alguna cualidad o circunstancia especial en el sujeto activo del delito[41]. Sin embargo, esta explicación formal de los delitos especiales no permite descubrir las estructuras materiales con las que poder explicar el fundamento dogmático de las actuaciones en lugar de otro. Por esta razón, para descubrir dicho fundamento dogmático no basta con hacer la indicación de que su ámbito de aplicación es el de los delitos especiales, sino que debe precisarse la estructura material de estos delitos y, a partir de ello, explicar cómo se sustenta la imputación de responsabilidad penal de un delito especial en calidad de autor a quien, sin reunir la calidad especial legalmente exigida, realiza la conducta típica en el marco de una actuación en lugar de quien sí la cumple.

1. El delito especial como delito de infracción de un deber

11 En tiempos recientes, uno de los primeros en plantearse directamente un concepto material de los delitos especiales para solucionar las cuestiones dogmáticas relacionadas con estos delitos fue Claus ROXIN[42]. El profesor muniqués sostiene que los delitos especiales son delitos de infracción de un deber (*Pflichtdelikte*)[43] y con base en esta comprensión desarrolla reglas especiales –y por tanto distintas– de la autoría y la participación. Sin embargo, la utilidad dogmática de este criterio material no se reduce al ámbito de la autoría y participación, sino que también ha sido usada para explicar el fundamento del actuar en lugar de otro[44].

12 A BLAUTH le corresponde ser el primero en hacer uso de la definición de los delitos especiales como delitos de infracción de un deber para explicar y fundamentar la figura del actuar en lugar de otro[45]. Sin embargo, no sigue la concepción de ROXIN, sino que defiende, más bien, una visión de la teoría del delito de raíz finalista[46] y fundamenta esencialmente su compren-

p. A64; MEINI MÉNDEZ, I., "El 'actuar en lugar de otro' en el Derecho penal peruano. Análisis del art. 27 del Código Penal". En: *Revista Jurídica del Perú* N° 28, p. 129.

(41) *Vide*, por todos, BRUNNER, W., *Der Täterkreis bei Kartellordnungswidrigkeiten*, p. 11 nota 24.

(42) *Vide*, en este sentido, JAKOBS, G., "El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos". *Op. Cit.*, p. 166, en donde incluso le otorga mayor potencia normativa que el criterio del dominio del hecho.

(43) *Vide*, así, ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, § 10, n. m. 128 s. Del mismo modo, TRÖNDLE / FISCHER, *StGB*, 50 Aufl., § 14., n.m. 1a.

(44) *Vide*, ROXIN, C., *LK. Op. Cit.*, § 14, n. m. 10. También parte de esta idea la interpretación de MARXEN, K., *Nomos Kommentar. Op. Cit.*, § 14, n.m. 15, sobre el principio determinante del actuar en lugar de otro: "Die Vorschrift ermöglicht die Bestrafung von Organen und Vertretern, die an den Pflichten des unmittelbaren Normadressaten teilhaben".

(45) *Vide*, BLAUTH, P., *"Handeln für einen anderen" nach geltendem und kommendem Strafrecht. Op. Cit.*, p. 79.

(46) Ibídem, p. 15 (el concepto de acción) y p. 12 (el concepto de bien jurídico como fundamento incluso en los delitos especiales), aunque reconoce diferencias con el pensamiento de WELZEL respecto de

sión del actuar en lugar de otro en el pensamiento de su maestro GALLAS[47]. En efecto, BLAUTH parte del hecho de que la norma jurídico-penal tiene una naturaleza compleja, en tanto es una norma de determinación, como también expresión de una valoración[48]. Esto último es precisamente lo que permite hacer una (des)valoración del injusto con base en la idea del bien jurídico. Sin embargo, no basta simplemente con hacer mención a un bien jurídico sin sustrato material, pues, como lo enseñó la época del nacionalsocialismo, una espiritualización del bien jurídico permitiría esconder intenciones puramente políticas[49]. En este sentido, es necesario previamente determinar cuál es la medida de valoración y, para ello, el paso decisivo es reconocer al Derecho como un orden objetivo de la vida y al injusto, por tanto, como una lesión de ese orden[50]. El desvalor del injusto se encuentra en el *resultado* del comportamiento, es decir, en la lesión del bien jurídico o lo socialmente dañoso. No obstante, la valoración de la norma no se reduce a la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. BLAUTH reconoce que existen otros tipos penales, como el de los delitos de abusos deshonestos y rufianismo, que no se pueden explicar solo con la referencia a un bien jurídico[51]. El desvalor de estos delitos se encuentra en lo socialmente reprochable, sin interesar si lesionan un bien jurídico o son socialmente dañosos. En este sentido, el delito no debe entenderse únicamente como un acto socialmente dañoso, sino también como la infracción de un deber ético-social[52].

Pero, como ya lo mencionamos, BLAUTH entiende que la norma jurídico- 13
penal es también un mandato de determinación y, en esta medida, dirige un mandato a los ciudadanos. En el caso de los delitos comunes el círculo de destinatarios será general, mientras que en los delitos especiales el deber se concreta en un grupo de personas[53]. Este deber de los delitos especiales debe determinarse no solo con base en los elementos que describen la acción prohibida, sino también teniendo en cuenta los destinatarios de la norma, es decir, los portadores del elemento especial de autoría[54]. Solo los sujetos que reúnen

su teoría del injusto personal (p. 68).

(47) *Vide*, en este sentido, ROXIN, C., *LK. Op. Cit.*, § 14, n.m. 17; GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*. Tomo I. *Op. Cit.*, p. 294.

(48) Vid., BLAUTH, P., *"Handeln für einen anderen" nach geltendem und kommendem Strafrecht. Op. Cit.*, p. 64.

(49) Ibídem, p. 66.

(50) Ibídem, p. 64.

(51) Ibídem, p. 70.

(52) *Vide*, en este sentido, GALLAS, W., *La teoría del delito en su momento actual*, p. 34 ss.

(53) BLAUTH, P., *"Handeln für einen anderen" nach geltendem und kommendem Strafrecht. Op. Cit.*, p. 76.

(54) Ibídem, p. 60 ss.

el estatus exigido por el delito especial son titulares del deber. En este sentido, a los representantes legales que no reúnen el elemento especial de autoría no les alcanza la titularidad del deber. Sin embargo, la posibilidad de sancionar penalmente a los representantes por el incumplimiento de los deberes de su representado no está excluida[55], solo que no se trata de incumplimiento del mismo deber que su representado, sino de un "deber secundario" que consiste en cumplir frente a terceros con los deberes de su representado[56]. Se trata de un deber secundario porque el deber primario proviene normalmente de un ámbito extrapenal y, por tanto, el Derecho penal no puede por sola voluntad ampliar a otras personas estos deberes. La norma del actuar en lugar de otro permite sancionar a los representantes por el incumplimiento de un deber secundario[57]. Lo que habrá que precisar es cuándo surge ese deber secundario[58].

14 Para poder determinar teóricamente en qué delitos existe propiamente una representación penalmente relevante y en cuáles no, BLAUTH utiliza los dos posibles criterios de valoración de la norma: el desvalor del resultado y el desvalor del acto. Como hemos visto, puede que, por un lado, el tipo penal ponga su acento en la protección de un bien jurídico (evitar una conducta socialmente dañosa), de manera que lo que interese en la tipificación sea el ámbito social en el que se encuentra el bien jurídico protegido. En caso de que se trate de un ámbito social específico[59], el tipo penal estará configurado como un delito especial, cuyo elemento especial de autoría estará referido al resultado (delito de infracción de un deber referido al resultado)[60]. Como el fundamento de estos delitos está en la infracción de un deber que lesiona un bien jurídico, el representante puede también lesionarlo, es decir, puede cumplir el desvalor objetivo del injusto[61]. Pero para ello no basta solo tener la relación de representación, sino que es necesario que el representante entre en la misma posición de la persona idónea para realizar el tipo penal[62]. Por otro lado, puede que el elemento personal de los delitos especiales esté referido a

(55) Ibídem, p. 79.
(56) *Vide*, así, Ibídem, p. 81. En el mismo sentido, la interpretación de GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*. Tomo I. *Op. Cit.*, p. 297.
(57) En este sentido es la relación de representación la que fundamenta el deber secundario cuya infracción permite imponer la sanción penal por el delito especial. En contra de la teoría de la representación y del deber secundario, GRACIA MARTÍN, L., "Instrumentos de imputación jurídico-penal en la criminalidad de empresa y reforma penal". En: *Actualidad Penal* N° 16, p. 220 ss.
(58) BLAUTH, P., *"Handeln für einen anderen" nach geltendem und kommendem Strafrecht. Op. Cit.*, p. 84.
(59) Ibídem, p. 73.
(60) Ibídem, p. 86 ss.
(61) *Vide*, GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*. Tomo I. *Op. Cit.*, p. 298.
(62) *Vide* BLAUTH, P., *"Handeln für einen anderen" nach geltendem und kommendem Strafrecht. Op. Cit.*, p. 87.

un especial reproche ético-social, de manera que lo relevante no sea la lesión del bien jurídico, sino el incumplimiento del deber especial del sujeto cualificado[63]. Estos son los llamados delitos especiales referidos al autor, para los que BLAUTH rechaza un actuar en lugar de otro. Estos delitos se sustentan en deberes personalísimos que no se fundamentan en la lesión del bien jurídico y que, por tanto, su cumplimiento no puede ser transferido a otros mediante una relación de representación. En tanto no es posible una representación, no cabe hablar de un "actuar en lugar de otro". En este grupo se incluyen, por ejemplo, los delitos de funcionarios[64].

ROXIN parte igualmente de entender los delitos especiales como delitos 15
de infracción de un deber, pero interpreta la regulación del actuar en lugar de otro de una manera distinta. Al tratar el tema de la autoría y la participación, el profesor muniqués diferencia los delitos de dominio y los delitos de infracción de un deber[65]. En los primeros, el criterio para determinar la autoría es el dominio del hecho, mientras que en los segundos es simplemente la infracción de un deber especial antepuesto en el plano lógico a la norma penal[66]. El actuar en lugar de otro resuelve un problema de legalidad en este último grupo de delitos, pues estos son siempre delitos especiales[67]. El problema se suscita por la necesidad del tráfico económico actual de que los deberes de una persona sean cumplidos en ocasiones por otros (*Ersatzvertretung*)[68]. En el caso de personas jurídicas y de incapaces, se hace siempre necesaria su representación por personas naturales[69]. Pero en el resto de sujetos también se ha convertido en necesaria una representación por otro, pues con la actual complejidad del sistema económico es difícil que el titular de diversos deberes pueda cumplir personalmente con todos ellos. Esta situación lleva a trasladar también para la regulación penal el cumplimiento de los deberes al representante. Sin embargo, es necesario que el deber que le corresponde al sujeto cualificado según el tipo penal pueda ser trasladado

(63) Ibídem, p. 72.
(64) Ibídem, p. 76. *Vide,* la referencia en ROXIN, C., *LK. Op. Cit.,* § 14, n. m. 16.
(65) *Vide,* fundamental, ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, p. 383 ss.
(66) Ibídem, p. 385; ROXIN, C., *LK. Op. Cit.,* § 25, n. m. 208. Críticamente, SCHÜNEMANN, B., *Leipziger Kommentar* (*LK*). *Op. Cit.,* § 14, n. m. 17.
(67) *Vide,* en este sentido, ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte general. Op. Cit.,* § 10, n. m. 128; ROXIN, C., *LK. Op. Cit.,* § 14, n. m. 10. *Vide,* también de la misma opinión, DREHER / TRÖNDLE, *StGB*, preliminares al § 13, n. m. 35, § 14, n. m. 1a. Críticamente, OCTAVIO DE TOLEDO, E., "Las actuaciones en nombre de otro". *Op. Cit.*, p. 48 ss.
(68) *Vide,* en este sentido, ROXIN, C., *LK. Op. Cit.,* § 14, n. m. 9; SCHÜNEMANN, B., *Leipziger Kommentar* (*LK*). *Op. Cit.,* § 14, n. m. 11.
(69) ROXIN, C., *LK. Op. Cit.,* § 14, n. m. 9.

al representante[70], pues si se trata de deberes personalísimos o irrepresentables, no será posible una actuación en lugar de otro[71]. Como puede verse, la fundamentación de ROXIN del "actuar en lugar de otro" gira en torno al cumplimiento del deber y la posibilidad de transferir dicho cumplimiento a terceras personas (representantes o sustitutos).

2. El delito especial como delito de dominio

16 SCHÜNEMANN parte de la idea de que los delitos especiales en los que se plantean situaciones de actuar en lugar de otro no son propiamente delitos de infracción de un deber, sino delitos de dominio[72]. El delito especial, al establecer un especial elemento de autoría, lo que hace simplemente es presuponer en el autor un especial dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico[73]. La utilización de un estatus especial en la configuración del tipo penal se debe, por lo tanto, al hecho de que normalmente el poseedor de ese estatus tiene el dominio sobre un ámbito de especial vulnerabilidad del bien jurídico; esto es, que se utiliza el concepto estático de estatus personal, en lugar de un concepto funcional que presupone una posición de dominio sobre el bien jurídico[74]. En este sentido, los delitos especiales son *delitos de garante*, es decir, que el sujeto activo es garante respecto del bien jurídico por encontrarse en una especial situación frente al mismo[75]. El sujeto que actúa en lugar de otro, es una persona que no posee el estatus personal exigido por el tipo penal, al que normalmente se le liga un dominio sobre el ámbito de especial vulnerabilidad del bien jurídico. Sin embargo, la posición de garantía para SCHÜNEMANN no se deriva del estatus formal, sino de posiciones materiales, de posiciones

(70) Ibídem, § 14, n. m. 7.

(71) Ibídem, § 14, n. m. 22.

(72) *Vide,* SCHÜNEMANN, B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht: eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplantem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrech*, p. 93. Si bien SCHÜNEMANN, quizá por fidelidad a su maestro, reconoce el pensamiento de ROXIN como un gran avance para encontrar un principio de imputación material que legitime el actuar en lugar de otro (SCHÜNEMANN, B., *Leipziger Kommentar* (*LK*). *Op. Cit.,* § 14, n. m. 11), su punto de partida difiere claramente del de aquel. Rechaza el planteamiento de SCHÜNEMANN, OCTAVIO DE TOLEDO, E., "Las actuaciones en nombre de otro". *Op. Cit.*, pp. 49, 50, aunque más por una incorrecta comprensión del planteamiento de SCHÜNEMANN.

(73) *Vide,* SCHÜNEMANN, B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht: eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplantem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrech. Op. Cit.,* p. 138; SCHÜNEMANN, B., *Leipziger Kommentar* (*LK*). *Op. Cit.,* § 14, n. m. 11, que exige una mayor referencia a la relación social entre el autor del delito especial y el bien jurídico protegido.

(74) *Vide,* SCHÜNEMANN, B., *Leipziger Kommentar* (*LK*). *Op. Cit.,* § 14, n. m. 12.

(75) *Vide,* SCHÜNEMANN, B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht: eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplantem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrech. Op. Cit.,* p. 93; SCHÜNEMANN, B., *Leipziger Kommentar* (*LK*). *Op. Cit.,* § 14, n. m. 12.

de dominio sobre la vulnerabilidad de bien jurídico(76). En este sentido, aquel que asume una posición de dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico, aun cuando no posea el estatus formal exigido por el tipo penal, puede ser garante del bien jurídico y, por tanto, realizar la conducta del tipo penal especial(77). El actuar en lugar de otro permite justamente sancionar a aquel que no posee el estatus formal exigido por el tipo penal, pero sí un dominio sobre la especial vulnerabilidad del bien jurídico. El fundamento para extenderle la sanción penal es, pues, un acto de asunción del dominio que posee todo garante (*Übernahme einer Garantenstelleung*)(78). Lo que habrá que precisar es el concepto de dominio que requiere SCHÜNEMANN para calificar a una persona como garante.

17 Como puede verse, en el pensamiento de SCHÜNEMANN existe una estrecha vinculación entre el "actuar en lugar de otro" y los delitos de omisión impropia, lo cual explica que traslade al primero los conceptos desarrollados para estos últimos. En su estudio sobre los delitos de omisión impropia, SCHÜNEMANN entiende que para castigar estos delitos no puede utilizarse simplemente criterios de antijuridicidad material o de merecimiento de pena, pues con ello no se respetaría el principio de legalidad; es necesario desarrollar las condiciones de equivalencia lógico-objetivas que permitan equiparar la omisión con la comisión. Para ello, SCHÜNEMANN se centra en la manera especial de la comisión y el fundamento lógico-objetivo de su punibilidad(79), el cual se encuentra en la vinculación que hay entre la persona y el movimiento corporal como causa directa del resultado. De allí SCHÜNEMANN deriva un principio general de imputación que califica de *dominio sobre el fundamento del resultado*(80) y que constituye el criterio lógico-objetivo de equivalencia entre la acción y la omisión. *Dominio sobre el fundamento del resultado* consiste en la disposición de los elementos necesarios para que un curso causal produzca un resultado. Este dominio no debe entenderse solo como un dominio sobre el proceso causal –que en la omisión falta–, sino como la asunción de una posición de dominio que produce la indefensión (mayor vulnerabilidad) del

(76) *Vide,* SCHÜNEMANN, B., *Leipziger Kommentar* (*LK*). *Op. Cit.,* § 14, n. m. 12.

(77) *Vide,* en este sentido, SCHÜNEMANN, B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht: eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplantem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrech. Op. Cit.,* p. 138.

(78) Ídem; SCHÜNEMANN, B., *Leipziger Kommentar* (*LK*). *Op. Cit.,* § 14, n. m. 13.

(79) *Vide*, SCHÜNEMANN, B., *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte; zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, pp. 233, 237.

(80) Ibídem, p. 231 ss.; SCHÜNEMANN, B., *Leipziger Kommentar* (*LK*). *Op. Cit.,* § 14, n. m. 17.

bien jurídico o sobre una causa esencial del resultado[81]. Estas dos formas de dominio constituyen un control sobre un ámbito social y, en este sentido, significan un dominio sobre el fundamento del resultado lesivo[82]. Con base en estas ideas se completa la concepción de SCHÜNEMANN del actuar en lugar de otro. Los delitos especiales que constituyen el presupuesto de la norma del actuar en lugar de otro son delitos de dominio que se caracterizan por el hecho de que el sujeto activo es un garante. Y es un garante porque posee un estatus que conlleva una especial situación de dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico. Sin embargo, el dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico no solo puede tenerlo el poseedor de un estatus, sino también un sujeto no cualificado que mediante un acto de asunción tiene el dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico[83].

18 La tesis de SCHÜNEMANN es seguida en España por GRACIA MARTÍN en tanto coincide en considerar a los delitos especiales como delitos de garante y que el actuar en lugar de otro se caracteriza por asumir la posición de garantía[84]. Sin embargo, GRACIA MARTÍN rechaza el concepto de dominio manejado por SCHÜNEMANN –concretamente, el considerar que el dominio sobre el fundamento del resultado sea la fuente material de la posición de garantía. Entiende, más bien, que el hecho de tener un dominio actual sobre el fundamento del resultado no genera por sí mismo una responsabilidad penal en comisión por omisión. En este sentido, GRACIA MARTÍN desarrolla un concepto propio de dominio, al que denomina *dominio social* y se caracteriza por ser un dominio sobre la estructura social en la que se encuentra el bien jurídico protegido. Se trata de un dominio no solo ontológico, en el sentido de SCHÜNEMANN[85], sino fundamentalmente normativo. Los bienes jurídicos se encuentran siempre en una determinada estructura social que puede ser general o específica; en este último caso su lesión solo puede ser cometida por las personas

(81) SCHÜNEMANN, B., *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte; zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre. Op. Cit.*, p. 241; SCHÜNEMANN, B., *Leipziger Kommentar (LK). Op. Cit.*, § 14, n. m. 17, desarrollando un poco más la versión original de su teoría.

(82) SCHÜNEMANN, B., *Leipziger Kommentar (LK). Op. Cit.*, § 14, n. m. 17.

(83) SCHÜNEMANN, B., *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte; zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre. Op. Cit.*, p. 138.

(84) *Vide*, GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*. Tomo I. *Op. Cit.*, p. 344.

(85) Hay que reconocer, sin embargo, que SCHÜNEMANN, B., *Leipziger Kommentar (LK). Op. Cit.*, § 14, n. m. 18 no niega un desarrollo normativo de su propuesta. En este sentido, puede entenderse que en el pensamiento de SCHÜNEMANN aparece también un pensamiento normativista (aunque con ciertos límites ontológicos) y que la diferencia con el concepto de dominio de GRACIA MARTÍN sea quizá la utilización de un criterio normativo distinto. Un concepto absolutamente fáctico de dominio es, en todo caso, el concepto de asunción fáctica desarrollado por WIESENER, A., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Stellvertretern und Organen. Op. Cit.*, p. 147.

que se desenvuelven en esa estructura social[86]. El dominio social quiere decir que una persona se encuentra en esa estructura social y, por ello, es capaz de lesionar el bien jurídico protegido[87]. El que actúa en lugar de otro es una persona ajena, en principio, a la estructura social en la que se encuentra el bien jurídico sin embargo, por un acto fáctico de asunción entra en ese ámbito y puede lesionar el bien jurídico del mismo modo que un *intraneus* natural de la estructura social[88]. El fundamento dogmático para sancionar al actuante en lugar de otro es que este posee el mismo dominio social que el poseedor del estatus formal de pertenencia a la estructura social del bien jurídico.

3. Interpretación personal

19 Uno de los logros del Derecho penal liberal es la exclusión de la responsabilidad objetiva y el imperio del principio de legalidad. Si bien pueden parecer dos aspectos garantistas distintos, ambos tienen una clara vinculación. La única manera de poder excluir una responsabilidad penal por la simple vinculación causal con el resultado es a través de una delimitación precisa de las conductas lesivas de un bien jurídico que merecen ser sancionadas[89]. En este sentido, adquiere especial relevancia el principio de legalidad. El tipo penal no solo excluye la responsabilidad penal objetiva al exigir dolo o culpa, sino fundamentalmente al circunscribir las conductas lesivas del bien jurídico que se sancionan penalmente. La delimitación de las conductas a través de los tipos penales se realiza no solo mediante una descripción precisa de las conductas prohibidas, sino también muchas veces mediante la mención de los usuales autores de esas acciones. Y es en este contexto en el que surgen los delitos especiales. Los delitos especiales como tales no tienen una razón material, su creación depende simplemente de un uso lingüístico del legislador[90], de una imagen pretípica, si se quiere utilizar la terminología de HERZBERG. En este sentido, quienes pretenden ver en los delitos especiales razones materiales de

(86) *Vide* GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*. Tomo I. *Op. Cit.*, p. 351.

(87) Ibídem, p. 361 ss. Se adhieren a tal criterio, BAJO FERNÁNDEZ, M. / PÉREZ MANZANO, M. / SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *Manual de Derecho penal. Parte especial. Op. Cit.*, p. 577.

(88) GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*. Tomo I. *Op. Cit.*, p. 383 ss.; GRACIA MARTÍN, L., "Instrumentos de imputación jurídico-penal en la criminalidad de empresa y reforma penal". *Op. Cit.*, p. 229.

(89) Esto, obviamente, en un sentido normativo (desde el punto de vista de la función del Derecho penal) y no puramente causal. *Vide*, con mayores precisiones, BINDOKAT, H., "Versari in re illicita und Erfolgszurechnung". En: *JZ*, 1977, p. 549 ss.

(90) En este sentido es acertada la afirmación de SCHÜNEMANN, B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht: eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplantem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrech. Op. Cit.*, p. 129, de que en la responsabilidad de los representantes por delitos especiales hay un problema de carácter lingüístico.

creación no harán más que artificiosas explicaciones sin poder cubrir plenamente las distintas manifestaciones de este grupo de delitos(91).

20 La aparición de delitos especiales como producto de una actividad garantista de exclusión de la responsabilidad objetiva y determinación legal de las conductas penalmente castigadas ha traído consigo algunas complicaciones. La actividad tipificadora del legislador choca muchas veces con las necesidades de punición, pues determinadas conductas no incluidas en la descripción típica original pueden tener el mismo desvalor que aquellas que sí están incluidas(92). La posibilidad de una analogía prohibida en el Derecho penal para evitar lagunas de punibilidad se encuentra latente. Por esta razón, en el caso del "actuar en lugar de otro", la legislación penal ha salido al paso primeramente con cláusulas específicas para determinados delitos y luego con una cláusula general que permita sancionar a las personas no incluidas en la redacción original de los delitos, cuyo comportamiento es igualmente merecedor de una sanción penal. Pero esto es solo una solución formal al problema. Lo que permanece discutido, e incluso descuidado, es la precisión del fundamento que permite la inclusión de la conducta de personas, en principio excluidas del tipo penal, dentro de las conductas sancionadas por los delitos especiales. Los intentos por cubrir este vacío de fundamentación se han hecho sobre la base de encontrar una estructura material de los delitos especiales que justifique de alguna manera la norma del actuar en lugar de otro. Como hemos visto, por un lado, se encuentra la posición que califica a los delitos especiales como delitos de infracción de un deber especial y, por tanto, considera la responsabilidad del que actúa en lugar de otro como una responsabilidad del representante al que se le trasladan los deberes especiales del representado. Por otro lado, se encuentra la tesis que defiende una comprensión de los delitos especiales como delitos de dominio. Para esta segunda tesis, el "actuar en lugar de otro" no se reduce a las situaciones de representación, sino a una responsabilidad por asumir una posición de garantía, es decir, el dominio del riesgo propio de los delitos especiales independientemente de las relaciones de representación. ¿Cómo solucionar entonces este dilema? ¿Debemos necesariamente optar por una o por otra teoría? En nuestra opinión la solución va por

(91) *Vide,* en este sentido, LANGER, W., *Das Sonderdelikt*, p. 28 ss., para quien este concepto formal (*Vorbegriff*) solo permite delimitar los posibles delitos especiales, pero que en su estructura interna presentan grandes diferencias. Si se quiere hacer fundamentaciones dogmáticas será necesario una determinación material del concepto de delitos especiales.

(92) *Vide* en este sentido, y justificando la equiparación de conductas mediante el principio de igualdad, SCHÜNEMANN, B., *Leipziger Kommentar* (*LK*). *Op. Cit.,* § 14, n. m. 12.

un camino intermedio, pero no por simple eclecticismo, sino con base en una fundamentación material de los tipos penales.

21 El punto de partida es no radicalizar la afirmación de los delitos especiales solo como delitos de infracción de un deber[93] o como delitos de dominio[94]. Los delitos especiales pueden presentarse como unos o como otros[95]. Sin embargo, para poder determinar si el delito especial cometido es de dominio o de infracción de un deber resulta necesario encontrar la base material que sustenta esa distinción. Para ello, no basta con entender que el ámbito de aplicación de la cláusula del actuar en lugar de otro se circunscribe a los delitos especiales, sino que es necesario precisar la estructura material de estos delitos a partir de la bipartición formulada por JAKOBS de *competencia por organización y competencia institucional*[96]. En la competencia por organización, la imputación de responsabilidad penal se estructura sobre la base de la infracción del *rol* general de ciudadano respecto de la creación de un riesgo no permitido, mientras que en la competencia institucional lo que la define es la infracción del rol especial que fundamenta el deber positivo incumplido[97]. Es así que cabe distinguir entre delitos especiales en sentido amplio (competencia por organización) y delitos especiales en sentido estricto (competencia institucional)[98].

3.1. Los delitos especiales en sentido amplio: la competencia por organización

22 La competencia por organización tiene lugar cuando se daña a otro en el ejercicio de la libertad de organización atribuida a todo ciudadano. Esa libertad

(93) BOTTKE, W., "Empfiehlt es sich, die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Wirtschaftsstraftaten zu verstärken?". En: *Wistra*, 1991, p. 83, aunque utiliza el criterio del dominio del riesgo.

(94) *Vide*, SCHÜNEMANN, B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht: eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplantem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrech. Op. Cit.*, p. 92; GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*. Tomo I. *Op. Cit.*, pp. 112 ss., 350 ss.; GRACIA MARTÍN, L., "Instrumentos de imputación jurídico-penal en la criminalidad de empresa y reforma penal". *Op. Cit.*, p. 216, nota 15.

(95) *Vide* esta tesis con mayor detalle en GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación. Op. Cit.*, p. 164.

(96) Ibídem, p. 37 ss.

(97) *Vide* JAKOBS, G., *Derecho penal*, PG, A 1/6 y 7. En contra, SCHÜNEMANN, B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht: eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplantem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrech. Op. Cit.*, p. 92 ss., quien niega la existencia de un criterio distinto de imputación entre unos y otros. El dominio del hecho (o de la causa del resultado) es el único criterio de imputación. Ahora bien, sin embargo, esto no explica por qué el legislador ha optado por una u otra forma de regulación.

(98) *Vide*, en este sentido, GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación. Op. Cit.*, p. 37 ss.

de organización no se restringe al dominio del propio cuerpo, sino que puede ampliarse a ámbitos que, siendo en principio ajenos, son voluntariamente asumidos(99). Por esta razón, la diferencia entre comisión activa y omisiva pierde el rango de piedra angular del sistema de imputación penal y pasa todo a construirse con base en esferas de organización que pueden ampliarse mediante la asunción de aspectos natural o convencionalmente ajenos(100). No interesa que el *output* que sale de la esfera de organización sea creado activamente o no se impida su salida de la esfera de organización, pues en ambos casos el titular de dicha esfera responde igualmente por la organización defectuosa(101). Se trata, pues, de una esfera de organización cuyo funcionamiento interno –activo u omisivo– no interesa para atribuir responsabilidad penal(102). La competencia por organización se determina por una defectuosa organización de la propia esfera personal que vulnera el deber negativo de no dañar a otros.

23 Lo precedentemente expuesto permite descubrir el fundamento dogmático de la figura del actuar en lugar de otro cuando el delito especial se imputa al *extraneus* por medio de una competencia por organización. La idea fundamental que debe regir la aplicación del instituto del "actuar en lugar de otro" es que ha existido una asunción de la posición especial del destinatario formal de la norma por parte del *extraneus*(103). En principio, cualquier persona podría entrar a dominar aspectos de la esfera de organización del *intraneus* al tipo penal y, en este sentido, responder penalmente como autor del delito especial. En estos casos, el que actúa en lugar de otro amplía su esfera de organización e incluye ámbitos propios del *intraneus*, de manera

(99) *Vide*, en este sentido, JAKOBS, G., *Estudios de Derecho penal*, p. 348 ss. Se trata de un concepto normativo de dominio que no se reduce al del propio cuerpo, *vide*, en este sentido, JAKOBS, G., "El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos". *Op. Cit.*, p. 168.

(100) *Vide*, esto en detalle en JAKOBS, G., *Derecho penal*, PG, A 28/13 ss; JAKOBS, G., *Estudios de Derecho penal. Op. Cit.*, p. 348 ss.; JAKOBS, G., *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, p. 59 ss.

(101) *Vide*, así, JAKOBS, G., "La competencia por organización". En: *Estudios de Derecho penal*, p. 348 ss.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., "Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* T. 48, p. 188. Similarmente, SILVA SÁNCHEZ, J. (director) / PASTOR MUÑOZ, N. (coordinadora), *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, p. 62.

(102) En este sentido, JAKOBS, G., *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen. Op. Cit.*, p. 25, recomienda dejar de considerar al sujeto de imputación como un sistema psico-físico y asumir una perspectiva normativista basada en esferas de organización.

(103) *Vide*, esto en SCHÜNEMANN, B., *Leipziger Kommentar* (*LK*). *Op. Cit.*, § 14, n.m. 12; BRUNS, H., "Grundprobleme der strafrechtlichen Organ- und Vertretenhaftung (§ 14 *StGB*, § 9 *OWiG*)". *Op. Cit.*, p. 20; GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*. Tomo I. *Op. Cit.*, p. 394 ss.; JAKOBS, *Derecho penal*, A 21/11. También ROXIN, C., *LK. Op. Cit.*, § 14, n. m. 9, pues a pesar de circunscribir el actuar en lugar de otro solo para los casos de delitos de infracción de un deber (institucionales), habla también, en estos casos, de la asunción de un deber de garantía.

que se hace responsable de los riesgos que salgan del ámbito de organización asumido y lesionan los derechos de otros. En este sentido, no es necesario que exista una relación de representación entre el *intraneus* y el *extraneus*, sino que basta con el dominio por parte del *extraneus* del ámbito de la esfera del *intraneus* del que sale el riesgo que lesiona o pone en peligro esferas de organización de terceros.

3.2. Los delitos especiales en sentido estricto: la competencia institucional

En la competencia institucional, la responsabilidad penal se fundamenta, 24
por el contrario, en la infracción de deberes positivos de naturaleza institucional. El sistema social está concretamente configurado por determinadas instituciones que vinculan a las personas (familia, función pública, confianza especial, etc.)[104]. En este sentido, una persona no solo tiene libertad de organización de su propia esfera, sino también, en tanto se desarrolla socialmente, determinadas vinculaciones con esferas de organización de terceros o con situaciones socialmente deseables[105]. Ciertamente, aquí también la libertad juega un papel de causa originaria de la vinculación institucional, pero la libertad no se extiende a la configuración de los deberes específicos que conlleva[106], sino que estos los determina la organización social[107]. El criterio de la libertad organizativa pierde, por lo tanto, relevancia. La competencia institucional no puede alcanzar a una persona que no está vinculada institucionalmente, por más que esta domine el hecho. El mandato de la norma se dirige a una persona que posee un estatus especial para ordenarle una organización conjunta con otra esfera de organización[108].

Pese a la circunscripción del deber al obligado institucional, es posible 25
delegar el cumplimiento del deber a otra persona, justamente porque la actual complejidad social limita la capacidad de cumplir personalmente en todo

(104) *Vide* JAKOBS, G., *La imputación objetiva*, 71 ss.; JAKOBS, G., "La competencia por organización". *Op. Cit.*, p. 347 s. *Vide*, el concepto de institución en JAKOBS, G., *Derecho penal*, A 59/53, nota 114: "Se entiende por institución, la forma de relación, permanente y jurídicamente reconocida, de una sociedad, que está sustraída a la disposición de la persona individual, y que más bien contribuye a constituir a esta".

(105) *Vide*, JAKOBS, G., *Derecho penal*, PG, A 1/7.

(106) Las instituciones se encuentran ya preformadas y son disponibles dentro de estrechos límites, *vide*, en este sentido, JAKOBS, *Derecho penal*, PG, A 7/70; JAKOBS, G., *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*. *Op. Cit.*, p. 31 s.

(107) *Vide*, en este sentido, JAKOBS, *Derecho penal*, PG, A 7/70.

(108) Ibídem, 29/58; JAKOBS, G., "El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos". *Op. Cit.*, p. 166.

momento con todos los deberes institucionales[109]. En caso de deberes que pueden ser cumplidos por terceras personas, puede presentarse una actuación en lugar de otro que permita una responsabilidad penal del que no es titular originario del deber institucional. Pero la atribución de responsabilidad en el actuar en lugar de otro no se fundamenta en el dominio del hecho[110], sino en la traslación al *extraneus* de un deber institucional de un *intraneus*[111]. Este deber institucional correspondería originariamente al *intraneus*, por lo que para poder trasladarlo a otro sujeto habría que ofrecer un fundamento especial. Este traslado opera, pues, mediante la relación de representación[112], esto es, mediante el vínculo de representación entre el *intraneus* y el *extraneus*[113]. Como consecuencia de esta traslación del deber, el representante responderá por la infracción de ese deber, sea por una acción propia o de un tercero, si pudo evitarlo[114]. El deber institucional no consiste solo en no hacer algo concreto, sino también en la evitación de determinados comportamientos de terceros que puedan afectar la integridad de una determinada institución social penalmente garantizada. Pero hay que destacar también que lo que se traslada en estos casos es el deber institucional, no, por tanto, los elementos especiales que fundamentan el tipo penal[115]. El estatus que fundamenta el rol especial,

(109) En este sentido, es acertada la explicación de ROXIN, C., *LK. Op. Cit.*, § 14, n. m. 9.

(110) *Vide*, JAKOBS, G., "El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos". *Op. Cit.*, p. 167.

(111) En ciertos delitos SCHÜNEMANN, B., *Leipziger Kommentar* (*LK*). *Op. Cit.*, § 14, n. m. 29, reconoce que la vinculación a una acción u omisión jurídico-societaria impide la utilización de criterios puramente fácticos para fundamentar la responsabilidad.

(112) Si el concepto de representación al que aquí hacemos referencia debe ser idéntico al manejado por el Derecho Civil o si cabe ampliaciones a dicho concepto, son cuestiones que no vamos a desarrollar aquí, pues depende de los específicos ámbitos institucionales y, por tanto, de la interpretación de los tipos penales particulares.

(113) En este aspecto resulta ciertamente sorprendente que el mayor exponente en la actualidad de la bipartición de delitos de dominio (competencias por organización) y de delitos de infracción de un deber (competencias institucionales), JAKOBS, cuando desarrolla en su manual (*Derecho Penal*, PG, A 21/10 ss.) el instituto del "actuar en lugar de otro" no se percata de la estrecha conexión existente entre este instituto y los delitos de infracción de un deber (institucionales). En este sentido, es incomprensible que JAKOBS hable solo de posiciones de garante y no de roles especiales, de reglas de asunción y no de traslación de un deber. Pienso que esto se entiende para los casos en los que el delito especial es materialmente un delito de dominio. Ante esta situación, se explica la crítica de SCHÜNEMANN, B., *Leipziger Kommentar* (*LK*). *Op. Cit.*, § 14, n. m.16, a lo poco consecuente del planteamiento de JAKOBS respecto a las actuaciones en lugar de otro.

(114) *Vide*, en este sentido, SIEGMANN/VOGEL, *ZIP*, 23 (1994), p. 1822. Por tanto, ni se trata de responsabilidad por el hecho ajeno, ni de responsabilidad como partícipe en el hecho principal del representado. En este sentido, GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*. Tomo I. *Op. Cit.*, p. 24, considera irrelevante para los contornos del "actuar en lugar de otro" la actuación o no del representado.

(115) De la opinión de que lo que se traslada son las cualidades especiales, BRUNS, H., "Grundprobleme der strafrechtlichen Organ- und Vertretenhaftung (§ 14 *StGB*, § 9 *OWiG*)". *Op. Cit.*, p. 9; SCHÖNKE,

y del que se deriva el deber, permanece en el destinatario primario de la norma penal. Es el contenido normativo –y, por tanto, el deber específico– el que se traslada al órgano o representante[116]. Por ello, la crítica de que la transferencia es una ficción no puede estar justificada, si la misma no es de cualidades especiales, sino del contenido normativo especial.

3.3. Conclusión

La conversión del *extraneus* que actúa en lugar de otro en un *intraneus* del tipo penal se puede presentar por dos razones: por la asunción del ámbito de organización de un *intraneus* o por la transferencia de un deber institucional del *intraneus* por medio de una relación de representación. Pese a existir en el *actuar en lugar de otro* siempre un mismo presupuesto (delito especial), el fundamento es distinto según el criterio de imputación penal utilizado. En unos casos (la competencia por organización), la asunción de la posición especial que fundamenta el delito especial es lo que produce una ampliación del círculo de autores de la norma penal[117]. En otros (la competencia institucional), lo que tiene lugar es una transferencia del contenido normativo al órgano o representante, lo que determina otro injusto en el que estos aparecen como destinatarios 26

A. / Schröder, H., *Strafgesetzbuch* (*StGB*), § 14, n. m. 1; Conde-Pumpido Ferreiro, C., "Artículo 31". En: Conde-Pumpido Ferreiro, C. (director), *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, p. 984; Rodríguez Mourullo, G. / Jorge Barreiro, A., *Comentarios al Código Penal. Op. Cit.*, p. 176. *Vide*, también, la referencia de Gracia Martín, L., "Instrumentos de imputación jurídico-penal en la criminalidad de empresa y reforma penal". *Op. Cit.*, p. 219, nota 27, con amplia bibliografía alemana, a la que critica por considerar que lleva a cabo "una ficción de la cualidad de autor".

(116) Si se trata de un traslado del deber específico, no puede hablarse, por tanto, de un deber secundario –como lo interpreta Gracia Martín, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*. Tomo I. *Op. Cit.*, p. 320–. La responsabilidad recae directamente sobre el órgano de la empresa por la norma del "actuar en lugar de otro" –término no muy feliz para los supuestos de delitos de infracción de un deber–, pues la responsabilidad del órgano de la empresa se debe a la infracción de un deber a él atribuido y que originalmente correspondía a la empresa, en tanto poseedora de un rol especial. En este sentido, se entiende que aquí opere una declinación de responsabilidad. La crítica de Gracia Martín, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*. Tomo I. *Op. Cit.*, p. 377 ss., a esta teoría es explicable en tanto Gracia asume el dominio (social) como único criterio de imputación de responsabilidad.

(117) Así lo entiende Bruns, H., "Grundprobleme der strafrechtlichen Organ- und Vertretenhaftung (§ 14 *StGB*, § 9 *OWiG*)". *Op. Cit.*, p. 8 s.; Gracia Martín, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*. Tomo II. *Op. Cit.*, p. 121, como una cláusula de extensión de la autoría. En igual sentido, Bajo Fernández, M. / Pérez Manzano, M. / Suárez González, C., *Manual de Derecho penal. Parte especial. Op. Cit.*, p. 576.

de la norma[118]. En ambos casos, el *extraneus* deja de ser tal para convertirse en un *intraneus* de la norma penal[119].

III. La interpretación del artículo 27 del Código Penal

27 El artículo 27 del Código Penal regula la llamada cláusula del "actuar en lugar de otro". Por medio de ella se puede castigar como autor de un delito especial al representante de una persona jurídica que realiza el tipo penal, aunque no reúna el elemento especial de autoría legalmente requerido. Su aplicación se limita, por tanto, a los delitos especiales[120]. En el caso de delitos comunes, por el contrario, no hace falta recurrir a ella, pues la imputación penal como autor al que actúa en lugar de una persona jurídica no suscita ningún problema de legalidad[121]. La doctrina penal señala que existen incluso ciertos delitos especiales en los que no es necesario el uso de la cláusula del actuar en lugar de otro, pues su tenor no resulta vulnerado con imputar responsabilidad como autor al que actúe en representación de una persona jurídica. Estos delitos son aquellos que regulan una actividad específica y que, por ello, los elementos

(118) En el mismo sentido, MARXEN, *JZ*, 1988, p. 287. Sobre esto se muestra crítico GRACIA MARTÍN, L., "Instrumentos de imputación jurídico-penal en la criminalidad de empresa y reforma penal". *Op. Cit.*, p. 227 s., lo que se explica por la reducción que este autor hace, respecto al criterio de imputación, sólo al dominio (social).

(119) *Vide*, igualmente, en el resultado, GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal.* Tomo I. *Op. Cit.*, p. 29; JAKOBS, *Derecho penal*, A 21/11.

(120) *Vide*, en este sentido, CASTILLO ALVA, J., "El actuar en lugar de otro: responsabilidad penal de los órganos representantes y socios representantes de una persona jurídica. El caso peruano". *Op. Cit.*, p. A64; MEINI MÉNDEZ, I., "El 'actuar en lugar de otro' en el Derecho penal peruano. Análisis del art. 27 del Código Penal". *Op. Cit.*, p. 129. Igualmente, en la regulación penal alemana, BRUNS, H., "Grundprobleme der strafrechtlichen Organ- und Vertretenhaftung (§ 14 *StGB*, § 9 *OWiG*)". *Op. Cit.*, p. 14 s.; BLAUTH, P., *"Handeln für einen anderen" nach geltendem und kommendem Strafrecht. Op. Cit.*, p. 59; SCHÜNEMANN, B., Voz: "Handeln für einen anderen". *Op. Cit.*, p. 1; MARXEN, K., *Nomos Kommentar. Op. Cit.*, § 14, n. m. 2. Del mismo modo, en la legislación penal española BACIGALUPO ZAPATER, E., "Responsabilidad penal de órganos, directivos y representantes de una persona jurídica (el actuar en nombre de otro)". *Op. Cit.*, p. 315; GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal.* Tomo I. *Op. Cit.*, p. 88; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, L 7/67; RODRÍGUEZ MOURULLO, G. / JORGE BARREIRO, A., *Comentarios al Código Penal. Op. Cit.*, p. 176; SILVA SÁNCHEZ, J., "El actuar en lugar de otro (artículo 31) en el nuevo Código Penal español". *Op. Cit.*, p. 125 s.; NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal de la empresa. Op. Cit.*, p. 113.

(121) *Vide* CASTILLO ALVA, J., "El actuar en lugar de otro: responsabilidad penal de los órganos representantes y socios representantes de una persona jurídica. El caso peruano". *Op. Cit.*, p. A64; MEINI MÉNDEZ, I., "El 'actuar en lugar de otro' en el Derecho penal peruano. Análisis del art. 27 del Código Penal". *Op. Cit.*, p. 129; MAZUELOS COELLO, J., "La responsabilidad penal de los órganos de dirección de la persona jurídica. Revisión de la fórmula del 'actuar en lugar de otro'". En: *Advocatus* N° 5, p. 178. De otro parecer, la sentencia de la Corte Superior de Lima Exp. N° 7012-97 de 30 de marzo de 1998 (*Cuadernos jurisprudenciales* 4 [2001], p. 34), en la medida que recurre al artículo 27 para el delito de libramientos indebidos.

típicos limitan de alguna manera el círculo de autores[122]. En estos casos, una interpretación autónoma del propio tipo penal permitiría hacer responsables también a los representantes de la persona jurídica[123]. Un ejemplo en nuestra legislación penal podría ser el delito de funcionamiento ilegal de casinos de juego del artículo 243-A del CP, en el que se puede sancionar directamente al representante de una persona jurídica que "organiza o conduce casinos de juego requeridos de autorización administrativa".

Más discutida se presenta la inclusión de los llamados delitos especiales impropios en el campo de aplicación del artículo 27 del Código Penal. Como lo reconoce de manera uniforme la doctrina penal, dentro de los delitos especiales cabe distinguir los propios y los impropios. En los delitos especiales propios, el elemento especial de autoría opera fundamentando la pena, mientras que en los delitos especiales impropios el elemento especial de autoría solo agrava la penalidad[124]. Nuestra regulación legal limita, sin embargo, la utilización de la norma del actuar en lugar de otro únicamente a los delitos especiales propios, pues su tenor se refiere únicamente a los delitos que contienen elementos especiales que *fundamentan* la penalidad[125]. En los delitos especiales impropios no será posible, por lo tanto, acudir a la regulación de la actuación en lugar de otro, aunque cabe hacer la precisión de que, en tales casos, no se presenta un vacío de punibilidad, pues la conducta del administrador podrá castigarse de todas formas con el delito común que es la base de la agravante especial[126]. 28

(122) *Vide*, así, Jakobs, *Derecho Penal*, PG, A 21/14; Ransiek, A., *Unternehmensstrafrecht*, p. 90; Schünemann, B., *Leipziger Kommentar* (*LK*). *Op. Cit.*, § 14, n. m. 20 ss.; Schünemann, B., Voz: "Handeln für einen anderen". *Op. Cit.*, p. 1; Gracia Martín, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*. Tomo I. *Op. Cit.*, p. 200 ss., a las que denomina actuaciones en lugar de otro impropios.

(123) *Vide*, similarmente, Lenckner / Perron en Schönke, A. / Schröder, H., *Strafgesetzbuch* (*StGB*). *Op. Cit.*, § 14, n. m. 4; Marxen, K., *Nomos Kommentar. Op. Cit.*, § 14, n. m. 23. Con ciertas dudas, por el contrario, frente a esta solución, Tiedemann, K., "Die strafrechtliche Vertreter- und Unternehmenshaftung". En: *NJW* 1986, p. 1844.

(124) *Vide* Blauth, P., *"Handeln für einen anderen" nach geltendem und kommendem Strafrecht. Op. Cit.*, p. 60; Roxin, C., *Derecho Penal. Parte general. Op. Cit.*, § 10, n. m. 129; Gracia Martín, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*. Tomo II. *Op. Cit.*, p. 95.

(125) *Vide* Castillo Alva, J., "El actuar en lugar de otro: responsabilidad penal de los órganos representantes y socios representantes de una persona jurídica. El caso peruano". *Op. Cit.*, p. A64; Meini Méndez, I., "El 'actuar en lugar de otro' en el Derecho penal peruano. Análisis del art. 27 del Código Penal". *Op. Cit.*, p. 129, nota 19; Vinelli Vereau, R. / Espadín Ventocilla, P., "Responsabilidad penal de los órganos de representación de las personas jurídicas. Consideraciones sobre la cláusula del actuar en lugar de otro". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal* T. 24, p. 385 s.; Bonifacio Mercado, C., "Problemas dogmáticos y político-criminales de la fórmula del 'actuar en lugar de otro' en el Código Penal". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal* T. 27, p. 73.

(126) *Vide*, en este sentido, Caro Coria, D., "La irresponsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma de 1991". En: *Thémis. Revista de Derecho* N° 24, p. 77; Meini Méndez, I., "El 'actuar en

29 La interpretación del artículo 27 del Código Penal requiere distinguir si el delito especial se imputa por una competencia por organización o por una competencia institucional. En ambos casos se está ante el representante de una persona jurídica que no reúne el elemento especial de autoría exigido por el tipo penal, pero la razón por la que se le puede imputar el delito especial como autor no es la misma. En este orden de ideas, se procederá a hacer una exposición diferenciada, para luego establecer cuál es la consecuencia jurídica legalmente prevista.

1. Los requisitos del actuar en lugar de otro en delitos especiales que se imputan por una competencia por organización

30 En la competencia por organización, la cláusula del actuar en lugar de otro se aplica a los delitos especiales que delimitan el rol de ciudadano atribuido a la persona jurídica por medio de un elemento especial de autoría(127). Esta situación provoca que sus miembros individuales queden formalmente fuera del ámbito de regulación del delito especial y, por tanto, en imposibilidad de responder como autores del delito realizado. Sin embargo, esta situación formal no excluye la posibilidad de que normativamente una persona que no reúne el elemento especial de autoría resulte competente por la organización del ámbito de actuación de la empresa que trae consigo la realización del delito especial. Es precisamente el artículo 27 del Código Penal el que establece los requisitos normativos para que esta posibilidad tenga lugar.

1.1. La relación de representación

31 El primer requisito exigido por la regulación del artículo 27 del CP es que el *extraneus* del tipo penal (aquel que no reúne la calidad especial de autor) sea un órgano de representación autorizado de una persona jurídica o socio representante autorizado de una sociedad. Como puede apreciarse, esta regulación asume la llamada teoría de la representación(128), según la cual requisito necesario para que se presente una situación de actuación en lugar de otro es que entre el *extraneus* y el *intraneus* exista una relación de representación. En

lugar de otro' en el Derecho penal peruano. Análisis del art. 27 del Código Penal". *Op. Cit.*, p. 129 s., quien destaca, ciertamente, una "laguna de agravación". Del mismo parecer, BRUNS, *JZ* 1958, p. 463; GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*. Tomo II. *Op. Cit.*, p. 95; BAJO FERNÁNDEZ, M. / BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho penal económico*, p. 99.

(127) *Vide* GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación. Op. Cit.*, p. 101.

(128) *Vide* CASTILLO ALVA, J., "El actuar en lugar de otro: responsabilidad penal de los órganos representantes y socios representantes de una persona jurídica. El caso peruano". *Op. Cit.*, p. A67.

este punto, nuestro Código Penal sigue al derogado Código Penal español de 1973, que a su vez se inspiró en el §14 del StGB alemán. Pero lo paradójico es que la crítica de la doctrina penal a la regulación alemana[129] y la que se hizo en España al anterior Código Penal español y que llevó a una reformulación de la cláusula del "actuar en lugar de otro" en el nuevo Código Penal de 1995[130], estuvo dirigida precisamente a poner en tela de juicio la limitación de los supuestos de actuación en lugar de otro a los casos de representación.

La asunción de la teoría de la representación por parte de la regulación 32
positiva del "actuar en lugar de otro" produce ciertas limitaciones cuando la imputación del delito especial se hace sobre la base de una competencia por organización, ya que no bastará con que el miembro individual administre el ámbito de organización de la persona jurídica de la que sale el riesgo penalmente relevante, sino que además tendrá que darse una relación de representación. En efecto, para la legislación nacional la sola administración por parte del *extraneus* del ámbito de organización del *intraneus* no permite aún fundamentar su responsabilidad como autor del delito especial, sino que requiere además que cuente con la calidad de órgano de representación. Esta limitación legalmente establecida no tiene sentido, pues cuando el delito especial es imputado como autor a partir de una competencia por organización, lo que determina la imputación es el dominio del riesgo prohibido, sin que sea necesario que ese dominio se haya alcanzado a raíz de una relación de representación.

Conviene advertir que el concepto de representación asumido por la cláu- 33
sula del actuar en lugar de otro no se corresponde con el utilizado en el ámbito jurídico-civil[131]. En este sentido, cabe afirmar una representación penalmente relevante aunque la actuación del representante no tenga efectos jurídico-negociales en el representado o exceda las facultades conferidas[132]. En esta misma línea de interpretación, el Código Penal alemán admite expresamente una actuación en lugar de otro aunque el título que genera la relación

(129) *Vide*, en este sentido, la crítica de Bruns, *JZ* 1958, p. 463, al § 14 del entonces proyecto de *StGB* de 1958.

(130) *Vide*, resumidamente, Fernández Teruelo, J., *Estudios de Derecho penal económico*, p. 18 ss.

(131) Así, García Cavero, P., *El actuar en lugar de otro en el Derecho penal peruano*, p. 89. De parecer distinto, Meini Méndez, I., "El 'actuar en lugar de otro' en el Derecho penal peruano. Análisis del art. 27 del Código Penal". *Op. Cit.*, p. 131.

(132) *Vide*, en este sentido, Schünemann, B., *Leipziger Kommentar* (*LK*). *Op. Cit.*, § 14, n. m. 44; Marxen, K., *Nomos Kommentar*. *Op. Cit.*, § 14, n. m. 38.

de representación sea ineficaz[133]. Si bien nuestro Código Penal no ha asumido expresamente esta posibilidad, una interpretación en este sentido tampoco se encuentra excluida, pues el artículo 27 no exige que se trate efectivamente del órgano de representación autorizado de una persona jurídica o del socio representante de una sociedad debidamente acreditado como tal, sino que "actúen como tales"[134]. Así, pues, una persona cuyo nombramiento como representante adolece de algún vicio formal, pero que actúa pese a todo como tal, podrá estar dentro del ámbito de la regulación del artículo 27 y, por tanto, responder penalmente.

34 Nuestro Código Penal no ha asumido una regulación amplia de la teoría de la representación, sino que la ha circunscrito a determinados tipos de representación[135]. Según el tenor legal, solo podrá actuar en lugar de otro con relevancia penal el órgano de representación de las personas jurídicas y el socio representante en el caso de sociedades. Esta regulación reduce el ámbito de aplicación en dos aspectos. Por un lado, deja de lado las actuaciones en lugar de otro entre particulares[136] y, por el otro, no incluye otras formas de

(133) La doctrina penal alemana precisa que la inclusión de un supuesto de representación ineficaz en la regulación del actuar en lugar de otro del *StGB* no significa admitir una actuación en lugar de otro de cualquiera que pueda lesionar el bien jurídico con cualquier forma de dominio, sino que siempre se requiere un acto de representación, aunque este no genere efectos jurídico-civiles o mercantiles por ciertos vicios o defectos de validez. *Vide*, en esta línea, WEBER, U., "Anmerkung zu BGHSt 34". En: *StV* 1988, p. 17; RANSIEK, A., *Unternehmensstrafrecht. Op. Cit.*, p. 93 ss.; LENCKNER / PERRON en SCHÖNKE, A. / SCHRÖDER, H., *Strafgesetzbuch* (*StGB*). *Op. Cit.*, § 14, n. m. 42/43; MARXEN, K., *Nomos Kommentar. Op. Cit.*, § 14, n. m. 43. De una interpretación más amplia, SCHÜNEMANN, B., *Leipziger Kommentar* (*LK*). *Op. Cit.*, § 14, n. m. 67 ss.; BOTTKE, W., "Reform des Wirtschaftsstrafrechts der Bundesrepublik Deutschland". En: *Deutsche Wiedervereinigung, Unternehmenskriminalität*. T. III, p. 89.

(134) Así se esfuerza MEINI MÉNDEZ, I., "El 'actuar en lugar de otro' en el Derecho penal peruano. Análisis del art. 27 del Código Penal". *Op. Cit.*, p. 137 ss., por mantener esta interpretación respecto del artículo 27 del Código Penal. De opinión contraria, MAZUELOS COELLO, J., "La responsabilidad penal de los órganos de dirección de la persona jurídica. Revisión de la fórmula del 'actuar en lugar de otro'". *Op. Cit.*, p. 191.

(135) *Vide*, en este sentido, CASTILLO ALVA, J., "El actuar en lugar de otro: responsabilidad penal de los órganos representantes y socios representantes de una persona jurídica. El caso peruano". *Op. Cit.*, p. A67; MAZUELOS COELLO, J., "La responsabilidad penal de los órganos de dirección de la persona jurídica. Revisión de la fórmula del 'actuar en lugar de otro'". *Op. Cit.*, p. 186; BONIFACIO MERCADO, C., "Problemas dogmáticos y político-criminales de la fórmula del 'actuar en lugar de otro' en el Código Penal". *Op. Cit.*, p. 76.

(136) La doctrina penal admite de manera mayoritaria un actuar en lugar de otro entre particulares; vid., así, BRUNS, H., "Über die Organ- und Vertreterhaftung im Strafrecht". *Op. Cit.*, p. 14; BRUNS, H., *JZ* 1958, p. 463; GALLAS, W., "Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs". *Op. Cit.*, p. 21; GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*. Tomo II. *Op. Cit.*, p. 16; OCTAVIO DE TOLEDO, E., "Las actuaciones en nombre de otro". *Op. Cit.*, p. 28; BACIGALUPO ZAPATER, E., "Responsabilidad penal de órganos, directivos y representantes de una persona jurídica (el actuar en nombre de otro)". *Op. Cit.*, p. 323 ss.; MEINI MÉNDEZ, I., *La responsabilidad penal de las*

representación como apoderados o delegados[137], los cuales si bien no se desempeñan como órganos de la persona jurídica, cumplen encargos particulares igualmente importantes[138]. El legislador penal parece, pues, no recordar que justamente fue la limitación formal del círculo de destinatarios de los delitos especiales la que motivó el desarrollo del instituto del actuar en lugar de otro y comete, por tanto, el mismo error formalista al establecer otras limitaciones formales con la adopción de la teoría de la representación.

Como primer supuesto de representación, el artículo 27 del Código Penal 35
regula la representación orgánica de las personas jurídicas[139]. Representante en estos supuestos es el que en virtud de la regulación legal pertinente y los estatutos sociales está llamado a formar la voluntad de la persona jurídica y a representarla[140]. La representada es una persona jurídica, esto es, una orga-

personas jurídicas. *Op. Cit.*, p. 96; UGAZ ZEGARRA, F., "Análisis del artículo 27 del Código Penal peruano: aproximación al estudio del actuar en lugar de otro". *Op. Cit.*, p. 151. En este sentido, no es del todo correcta la línea jurisprudencial seguida por la Corte Suprema en las Sentencias N° 3963-96-Áncash de 24/10/97 (ROJAS VARGAS, F., *Jurisprudencia penal*. Tomo I, p. 84) y N° 3469-99 de 20/12/1999 (CHOCANO RODRÍGUEZ, R. / VALLADOLID ZETA, V., *Jurisprudencia penal. Ejecutorias penales de la Corte Suprema de Justicia (1997-2001)*, p. 105 s.) que entiende que el artículo 27 se limita a salvar el *societas delinquere non potest*.

(137) En nuestro país, resaltan este vacío, CASTILLO ALVA, J., "El actuar en lugar de otro: responsabilidad penal de los órganos representantes y socios representantes de una persona jurídica. El caso peruano". *Op. Cit.*, p. A71; ABANTO VÁSQUEZ, M., "Hacia un nuevo Derecho penal de las empresas. Más allá de la solución penal y meramente administrativa del 'delito económico'". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal* N° 8, p. 161.

(138) Sobre esta problemática ampliamente discutida en la doctrina penal alemana y que ha motivado modificaciones en el tenor del § 14 *StGB*, *vide* BRUNS, H., "Über die Organ- und Vertreterhaftung im Strafrecht". *Op. Cit.*, p. 16; BRUNS, H., *JZ* 1958, p. 463; SCHMITT, R., "Nochmals: Die strafrechtliche Organ- Vertreterhaftung". En: *JZ* 4 1968, p. 124; TIEDEMANN, K., *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, I*, p. 203; TIEDEMANN, K., "Die strafrechtliche Vertreter- und Unternehmenshaftung". *Op. Cit.*, p. 1843; SCHÜNEMANN, B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht: eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplantem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht*. *Op. Cit.*, p. 142 ss.; BAUMANN / WEBER / MITSCH, *Strafrecht*, AT, § 29, n. m. 25; WEBER, U., "Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts (einschließlich Verbraucherschutz)". En: *ZStW* 96, 1984, p. 410 s.; BOTTKE, W., "Empfiehlt es sich, die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Wirtschaftsstraftaten zu verstärken?". *Op. Cit.*, p. 84; HEINE, G. / MEINBERG, V., "Das Umweltstrafrecht - Grundlagen und Perspektiven einer erneuten Reform". En: *GA* 1990, p. 31 s.

(139) *Vide* CASTILLO ALVA, J., "El actuar en lugar de otro: responsabilidad penal de los órganos representantes y socios representantes de una persona jurídica. El caso peruano". *Op. Cit.*, p. A71. Sobre las particularidades de la representación orgánica, frente a la representación legal y voluntaria, OCTAVIO DE TOLEDO, E., "Las actuaciones en nombre de otro". *Op. Cit.*, p. 57.

(140) Sobre la representación orgánica, BLAUTH, P., *"Handeln für einen anderen" nach geltendem und kommendem Strafrecht*. *Op. Cit.*, p. 133 s.; BACIGALUPO ZAPATER, E., "Responsabilidad penal de órganos, directivos y representantes de una persona jurídica (el actuar en nombre de otro)". *Op. Cit.*, p. 328. En la doctrina se ha discutido si el socio de una sociedad comercial puede ser considerado también órgano representante de la persona jurídica (a favor de esta interpretación

nización social con personalidad jurídica propia, sea de Derecho privado o de Derecho público[141]. Para que esta relación de representación tenga lugar, no es necesario que se trate de una organización perfectamente constituida, sino que pueden incluirse también las que adolecen de algún defecto en su constitución[142]. Por el contrario, en el caso de sociedades inexistentes, no será necesario recurrir a la norma del actuar en lugar de otro, pues, por lo general, la calidad especial de autor recaerá directamente sobre sus miembros individuales (deudor, contribuyente, etc.)[143]. Si la sociedad se encuentra en liquidación, la representación estará a cargo del liquidador[144].

36 El segundo supuesto de relación de representación legalmente establecido es el de socio representante de una sociedad. Esta regulación llama especialmente la atención, pues parece tratarse de una especificación hasta cierto punto innecesaria, en tanto se trata igualmente de un representante y de una persona jurídica. Esta mención especial tiene una explicación en la legislación alemana, de donde ha sido tomada de manera incompleta. El § 14 inciso 1 numeral 2 del StGB incluye como posible actuante en lugar de otro al socio

---

en los delitos concursales, aunque sin aplicar la norma del actuar en lugar de otro, FLEISCHER, W., "Vertreterhaftung bei Bankrotthandlungen einer GmbH". En: *NJW* 1976, p. 96 y s.; en contra, BINZ, K., "Nochmals: Vertreterhaftung bei Bankrotthandlungen einer GmbH". En: *NJW* 1978, p. 802). Por nuestra parte, consideramos que las facultades de representación normalmente no recaen sobre los socios, aunque no puede excluirse la posibilidad que por vía de estatutos se otorgue tal facultad a algunos de ellos. En este último supuesto, una responsabilidad penal conforme al artículo 27 del Código Penal podrá tener lugar perfectamente.

(141) *Vide*, en este sentido, BLAUTH, P., *"Handeln für einen anderen" nach geltendem und kommendem Strafrecht. Op. Cit.*, p. 137; SCHÜNEMANN, B., *Leipziger Kommentar (LK). Op. Cit.*, § 14, n. m. 43; LENCKNER / PERRON en SCHÖNKE, A. / SCHRÖDER, H., *Strafgesetzbuch (StGB). Op. Cit.*, § 14, n. m. 15; MARXEN, K., *Nomos Kommentar. Op. Cit.*, § 14, n. m. 35; GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*. Tomo II. *Op. Cit.*, p. 180 ss. Por ello resulta correcta la jurisprudencia de la Corte Superior de Lima Exp. N° 2507-99 (ROJAS VARGAS, F., *Jurisprudencia penal*. Tomo I, p. 309 ss.), solo en cuanto admite un "actuar en lugar de otro" en caso de organismos públicos, pero no en su aplicación a delitos comunes.

(142) *Vide* SCHÜNEMANN, B., *Leipziger Kommentar (LK). Op. Cit.*, § 14, n. m. 43; VINELLI VEREAU, R. / ESPADÍN VENTOCILLA, P., "Responsabilidad penal de los órganos de representación de las personas jurídicas. Consideraciones sobre la cláusula del actuar en lugar de otro". *Op. Cit.*, p. 395. De una opinión contraria, MARXEN, K., *Nomos Kommentar. Op. Cit.*, § 14, n. m. 37, en tanto exige que la persona jurídica se encuentre efectivamente constituida. No incluyen las llamadas sociedades irregulares, BAJO FERNÁNDEZ, M. / BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho penal económico. Op. Cit.*, p. 104; CASTILLO ALVA, J., "El actuar en lugar de otro: responsabilidad penal de los órganos representantes y socios representantes de una persona jurídica. El caso peruano". *Op. Cit.*, p. A72; UGAZ ZEGARRA, F., "Análisis del artículo 27 del Código Penal peruano: aproximación al estudio del actuar en lugar de otro". *Op. Cit.*, p. 151.

(143) Similarmente, LENCKNER / PERRON en SCHÖNKE, A. / SCHRÖDER, H., *Strafgesetzbuch (StGB). Op. Cit.*, § 14, n. m. 15.

(144) *Vide* MARXEN, K., *Nomos Kommentar. Op. Cit.*, § 14, n. m. 41; NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal de la empresa. Op. Cit.*, p. 111 ss.

representante autorizado de una sociedad *comercial de personas*, debido a que no se trata de personas jurídicas con una representación orgánica(145). En una sociedad comercial de personas, la representación se asimila, más bien, a un mandato entre particulares. En este contexto de ideas, resulta comprensible la precisión que se hace en el § 14 del StGB(146), pero en nuestra legislación carece de todo sentido, pues las sociedades colectivas y las en comanditas (que son las equivalentes a las sociedades de personas del Derecho alemán) sí son personas jurídicas y admiten, por tanto, una representación orgánica por los socios que ejercen la administración(147). Con ello queda otra vez al descubierto esa importación de la legislación extranjera muy usual en nuestro país, sin ni siquiera saber el porqué de esa forma de legislar en los lugares de procedencia.

1.2. Actuar como órgano de representación o como socio representante

37 La regulación del actuar en lugar de otro exige además que el órgano de representación y el socio representante actúen como tales. La discusión doctrinal se centra en la determinación de cuándo se entiende que existe una actuación como representante o socio de la persona jurídica. En disputa se encuentran fundamentalmente la llamada teoría del interés y la llamada teoría de la función.

38 La teoría del interés señala que el representante debe actuar en el círculo de tareas derivado de su relación de representación, pero siempre en favor de los intereses de su representado(148). Estos intereses deben precisarse con base

(145) *Vide*, en este sentido, Lenckner / Perron en Schönke, A. / Schröder, H., *Strafgesetzbuch* (*StGB*). *Op. Cit.*, § 14, n. m. 20/21.

(146) Aunque debe reconocerse que también en el Derecho penal alemán este supuesto de representación resulta muy cuestionado. *Vide* al respecto Roxin, *LK* § 14, n. m. 26; Tiedemann, Klaus, "Die strafrechtliche Vertreter- und Unternehmenshaftung". *Op. Cit.*, p. 1844; Winkelbauer, W., "Anmerkung zum Urteil des BGH vom 6.11.1986 - 1 StR 327/86". En: *JR* 1988, p. 34; Schünemann, B., *Leipziger Kommentar* (*LK*). *Op. Cit.*, § 14, n. m. 46; Lenckner / Perron en Schönke, A. / Schröder, H., *Strafgesetzbuch* (*StGB*). *Op. Cit.*, § 14, n. m. 20/21; Marxen, K., *Nomos Kommentar*. *Op. Cit.*, § 14, n. m. 47.

(147) *Vide*, en este sentido también Meini Méndez, I., "El 'actuar en lugar de otro' en el Derecho penal peruano. Análisis del art. 27 del Código Penal". *Op. Cit.*, p. 140. Una cuestión aparte será determinar los casos en los que la calidad especial recae directamente sobre los socios, de manera que no resulta necesario recurrir a la fórmula del actuar en lugar de otro. *Vide*, así, en el Derecho penal alemán, Schünemann, B., *Leipziger Kommentar* (*LK*). *Op. Cit.*, § 14, n. m. 46; Weber, U., "Anmerkung zu BGHSt 34". *Op. Cit.*, p. 16.

(148) Esta fue la posición defendida por mucho tiempo en los tribunales alemanes (*vide* la referencia, Labsch, K., "Die Strafbarkeit des GmbH-Geschäftsführers im Konkurs der *GmbH*". *Op. Cit.*, p. 5; Deutscher, J. / Körner, P., "Strafrechtlicher Gläubigerschutz in der Vor-GmbH". En: *Wistra*, 1996, p. 304). En la doctrina penal defienden esta teoría Schünemann, B., *Leipziger Kommentar*

en criterios puramente económicos[149], de manera tal que no resulta relevante si la actuación produce efectos jurídico-negociales en el representado. Por el contrario, si el representante se aprovecha de su posición para obtener ventajas personales, no podrá considerarse que actúa en calidad de órgano de representación, a no ser que el representado esté de acuerdo con la actuación en provecho propio del representante[150].

39 La teoría de la función entiende, por contra, que el interés no juega ningún papel relevante, sino únicamente que el representante se encuentre en una relación funcional con el círculo de tareas y deberes que asume mediante la representación[151]. Se trata, por tanto, de un criterio objetivo que no puede verse alterado por una intención de provecho propio o de su representado[152]. Lo importante es que el autor aparezca como representante de la persona jurídica y realice en esta situación el delito especial correspondiente[153]. Tampoco

(*LK*). *Op. Cit.*, § 14, n. m. 50; SCHÜNEMANN, B., Voz: "Handeln für einen anderen". *Op. Cit.*, p. 2; BOTTKE, W., "Empfiehlt es sich, die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Wirtschaftsstraftaten zu verstärken?". *Op. Cit.*, p. 84; RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, J., *El Derecho penal en la actividad económica: planteos del bien jurídico protegido y de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, p. 345 s. Críticamente, ante la teoría del interés, TIEDEMANN, K., "Die strafrechtliche Vertreter- und Unternehmenshaftung". *Op. Cit.*, p. 1844; WEBER, U., "Anmerkung zu BGHSt 34". *Op. Cit.*, p. 17; LABSCH, K., "Die Strafbarkeit des GmbH-Geschäftsführers im Konkurs der *GmbH*". *Op. Cit.*, p. 59; DEUTSCHER, J. / KÖRNER, P., "Strafrechtlicher Gläubigerschutz in der Vor-GmbH". *Op. Cit.*, p. 13; RANSIEK, A., *Unternehmensstrafrecht. Op. Cit.*, p. 91; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. Parte general*, p. 523; ABANTO VÁSQUEZ, M., *Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas*, p. 150. Cuestiona la teoría del interés, concretamente en los delitos omisivos, BLAUTH, P., *"Handeln für einen anderen" nach geltendem und kommendem Strafrecht. Op. Cit.*, p. 141.

(149) *Vide*, así, la indicación de LABSCH, K., "Die Strafbarkeit des GmbH-Geschäftsführers im Konkurs der *GmbH*". *Op. Cit.*, p. 5; MARXEN, K., *Nomos Kommentar. Op. Cit.*, § 14, n. m. 31.

(150) *Vide*, en este sentido, SCHÜNEMANN, B., *Leipziger Kommentar* (*LK*). *Op. Cit.*, § 14, n. m. 50. En este contexto se presenta la llamada teoría limitada del interés, según la cual es posible abarcar la actuación en propio interés del representante si sirve a la vez a los intereses del representado (*vide*, la referencia, LABSCH, K., "Die Strafbarkeit des GmbH-Geschäftsführers im Konkurs der *GmbH*". *Op. Cit.*, p. 5; MARXEN, K., *Nomos Kommentar. Op. Cit.*, § 14, n. m. 32).

(151) *Vide*, en este sentido, LABSCH, K., "Die Strafbarkeit des GmbH-Geschäftsführers im Konkurs der *GmbH*". *Op. Cit.*, p. 60; TIEDEMANN, K., "Die strafrechtliche Vertreter- und Unternehmenshaftung". *Op. Cit.*, p. 1844 y s.; LENCKNER / PERRON en SCHÖNKE, A. / SCHRÖDER, H., *Strafgesetzbuch* (*StGB*). *Op. Cit.*, § 14, n. m. 26; MARXEN, K., *Nomos Kommentar. Op. Cit.*, § 14, n. m. 30; ARLOTH, F., "Zur Abgrenzung von Untreue und Bankrott bei der GmbH". En: *NStZ* 1990, p. 575; DEUTSCHER, J. / KÖRNER, P., "Strafrechtlicher Gläubigerschutz in der Vor-GmbH". *Op. Cit.*, p. 305. En un aligeramiento de la perspectiva de la función, TIEDEMANN, *LK*, previos al § 283, n. m. 87, requiere la sola posesión de la posición especial de representante, lo que vincularía esta interpretación del actuar en lugar de otro con la teoría de la apariencia de procedencia jurídico-mercantil.

(152) *Vide*, así, WEBER, U., "Anmerkung zu BGHSt 34". *Op. Cit.*, p. 17.

(153) *Vide*, así, LABSCH, K., "Die Strafbarkeit des GmbH-Geschäftsführers im Konkurs der *GmbH*". *Op. Cit.*, p. 60. Por su parte, RANSIEK, A., *Unternehmensstrafrecht. Op. Cit.*, p. 91 s., entiende que este requisito adicional no tiene sentido, pues los delitos especiales contienen ya esta referencia al ámbito de actuación del representante.

aquí es necesario que las actuaciones del representante produzcan efectos jurídico-civiles en el representado(154). Solamente en caso de que el representante se aproveche ocasionalmente para realizar una conducta delictiva como cualquier otra persona, podrá negarse el requisito de que ha actuado como órgano de representación(155).

Para resolver la disputa entre la teoría del interés y la teoría de la fun- 40
ción, hay que partir del dato de que el tenor literal del artículo 27 del Código Penal no excluye ninguna de las dos posibilidades de interpretación(156). Por lo tanto, habría que optar por la propuesta de interpretación que más se ajuste a las necesidades de imputación. Bajo esta consideración, nos inclinamos por una teoría de la función que incluya dentro del "actuar como representante" las actuaciones que se muestran objetivamente como un acto de organización del representado(157). Esta relación funcional se pierde cuando el representante abusa de la relación con la finalidad de perjudicar al representado(158), de manera que en estos casos responderá de manera directa por el perjuicio patrimonial producido (por un delito de fraude en la administración de personas jurídicas, por ejemplo).

El requisito de "actuar como representante" se muestra problemático en 41
los casos, muy comunes en la práctica, de órganos de representación pluripersonales. Precisamente por ello la regulación alemana considera expresamente como posibles responsables también a "los miembros del órgano de representación", aunque debe indicarse que esto no significa que en caso de un delito cometido desde la empresa todos ellos deban responder penalmente. La responsabilidad penal debe individualizarse en cada uno de los miembros, pues de lo contrario podría caerse en la proscrita responsabilidad por el hecho de un tercero. Bajo esta consideración, si un miembro del órgano de representación asume la representación de la empresa y en estas circunstancias comete

(154) *Vide*, Labsch, K., "Die Strafbarkeit des GmbH-Geschäftsführers im Konkurs der *GmbH*". *Op. Cit.*, p. 60 s.

(155) *Vide* Weber, U., "Anmerkung zu BGHSt 34". *Op. Cit.*, p. 17; Lenckner / Perron en Schönke, A. / Schröder, H., *Strafgesetzbuch* (*StGB*). *Op. Cit.*, § 14, n. m. 26; Labsch, K., "Die Strafbarkeit des GmbH-Geschäftsführers im Konkurs der *GmbH*". *Op. Cit.*, p. 61 s.

(156) *Vide*, similarmente, respecto de la regulación penal alemana, Jordan, *Jura* 1999, p. 305. Por el contrario, Mazuelos Coello, J., "La responsabilidad penal de los órganos de dirección de la persona jurídica. Revisión de la fórmula del "actuar en lugar de otro". *Op. Cit.*, p. 188, señala que la regulación nacional se inclina por la teoría del interés.

(157) Similarmente, Jakobs, *Derecho Penal*, PG, A 21/13; Mazuelos Coello, J., "La responsabilidad penal de los órganos de dirección de la persona jurídica. Revisión de la fórmula del "actuar en lugar de otro". *Op. Cit.*, p. 188.

(158) *Vide*, en este sentido, Jakobs, *Derecho Penal*, PG, A 21/13.

un delito, resultará plenamente responsable, con independencia de la división interna de competencias entre los miembros del órgano de representación[159]. En este supuesto, una responsabilidad penal de los miembros restantes por vía del artículo 27 del Código Penal solamente podrá tener lugar en caso de admitir una coautoría por la infracción de deberes de aseguramiento o salvamento. No obstante, en una distribución horizontal de competencias no es usual imponer deberes de control mutuo, pues de lo contrario la distribución de competencias al interior del órgano no tendría ningún sentido[160].

42 Otro supuesto de especial discusión en el requisito examinado es la responsabilidad penal de aquellos que ejercen, de hecho, funciones de representación de una persona jurídica. Más allá de los casos en los que existe un nombramiento con defectos formales sobre los que no se discute la posibilidad de incluirlos en la regulación del actuar en lugar de otro[161], la doctrina penal se centra en aquellos que simplemente asumen sin nombramiento algunas funciones de representación y son así reconocidos hacia fuera. La redacción del artículo 27 del Código Penal parece no dar cabida a estos supuestos, lo cual ha sido precisamente objeto de crítica en los escritos especializados[162].

(159) *Vide* LENCKNER / PERRON en SCHÖNKE, A. / SCHRÖDER, H., *Strafgesetzbuch* (*StGB*). *Op. Cit.*, § 14, n. m. 18; LABSCH, K., "Die Strafbarkeit des GmbH-Geschäftsführers im Konkurs der *GmbH*". *Op. Cit.*, p. 61; SCHÜNEMANN, B., Voz: "Handeln für einen anderen". *Op. Cit.*, p. 3; MARXEN, K., *Nomos Kommentar. Op. Cit.*, § 14 n. m. 46; BOTTKE, W., "Empfiehlt es sich, die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Wirtschaftsstraftaten zu verstärken?". *Op. Cit.*, p. 84.

(160) Similarmente, BLAUTH, P., *"Handeln für einen anderen" nach geltendem und kommendem Strafrecht. Op. Cit.*, p. 136; SCHÜNEMANN, B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht: eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplantem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrech. Op. Cit.*, p. 229; SCHÜNEMANN, B., *Leipziger Kommentar* (*LK*). *Op. Cit.*, § 14, n. m. 52; SCHÜNEMANN, B., Voz: "Handeln für einen anderen". *Op. Cit.*, p. 3; LOHMAR, J., *Steuerstrafrechtliche Risiken typischer Bankgeschäfte*, p. 87; PÉREZ CEPEDA, A., *La responsabilidad de los administradores de sociedades: criterios de atribución*, p. 185. Si bien NEUDECKER, G., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Mitglieder von Kollegialorganen*, p. 171; MARXEN, K., *Nomos Kommentar. Op. Cit.*, § 14, n. m. 46, admiten esta solución, señalan que en caso de directivos que conocen casualmente el hecho habrá un deber de intervenir debido a la competencia general (*Allzuständigkeit*). Por el contrario, admite deberes de vigilancia y control en estructuras horizontales, DANNECKER, G., "Fahrlässigkeit in formalen Organisationen". En: AMELUNG, K. (Hrsg.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, p. 224.

(161) *Vide*, así en el Derecho penal alemán, LENCKNER / PERRON en SCHÖNKE, A. / SCHRÖDER, H., *Strafgesetzbuch* (*StGB*). *Op. Cit.*, § 14, n. m. 42/43; MARXEN, K., *Nomos Kommentar. Op. Cit.*, § 14, n. m. 43. Sobre los distintos supuestos de administración fáctica, *vide*, con detalle, GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación. Op. Cit.*, p. 110 ss.

(162) *Vide*, ABANTO VÁSQUEZ, M., *Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas. Op. Cit.*, p. 146 ss ABANTO VÁSQUEZ, M., "Diez años de Derecho penal económico peruano: un balance". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales* N°s 11-12, p. 28; ; CASTILLO ALVA, J., "El actuar en lugar de

No obstante, una aceptación general de estos supuestos tampoco puede ser de recibo, pues podría dejar de lado algunos aspectos constitutivos del fundamento material de los delitos especiales[163].

Para decidir si resulta conveniente la admisión de supuestos de asunción fáctica en la cláusula del actuar en lugar de otro, debe diferenciarse los delitos especiales en los que se responde por una competencia por organización o por una competencia institucional, ya que, como hemos tenido oportunidad de precisar, el fundamento de la responsabilidad penal no es el mismo[164]. En los delitos especiales de dominio que se imputan por una competencia por organización, que son los que aquí nos interesan, no se presentan mayores inconvenientes para admitir una responsabilidad penal del representante de hecho, en tanto exista una efectiva asunción de tal posición y, por tanto, de las competencias del órgano de representación[165]. No obstante, en el caso de los delitos especiales que se imputan por una competencia institucional, como veremos luego, esta posibilidad se encuentra en principio negada. 43

1.3. La realización del tipo penal

El artículo 27 del Código Penal establece también que el representante debe realizar el tipo penal[166]. Esto quiere decir que al delito especial debe 44

otro: responsabilidad penal de los órganos representantes y socios representantes de una persona jurídica. El caso peruano". *Op. Cit.*, p. A68.

(163) En este sentido, el temor de Muñoz Conde, F., "Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?". En: *Revista Penal* N° 9, p. 87 ss., de afectar la seguridad jurídica.

(164) Este punto de partida metodológico en el análisis de la responsabilidad del actuar en lugar de otro, García Cavero, P., *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación. Op. Cit.*, p. 144 ss.; Gallego Soler, J., "El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en Derecho penal". En: Corcoy Bidasolo, M. (director) / Lara González, R. (coordinador), *Derecho penal de la empresa*, p. 163; Núñez Castaño, E., *Responsabilidad penal de la empresa. Op. Cit.*, p. 122 ss.

(165) *Vide*, con mayor detalle, Schünemann, B., *Leipziger Kommentar (LK). Op. Cit.*, § 14, n. m. 70; García Cavero, P., *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación. Op. Cit.*, p. 174 ss.; Gallego Soler, J., "El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en Derecho penal". *Op. Cit.*, p. 165. Críticamente sobre el requisito de la exteriorización del dominio social, Núñez Castaño, E., *Responsabilidad penal de la empresa. Op. Cit.*, pp. 126 ss., 136 ss.

(166) Ya Bruns, H., "Über die Organ- und Vertreterhaftung im Strafrecht". *Op. Cit.*, p. 12, criticaba respecto de la legislación alemana la solución simplista en los delitos cometidos en las actividades de una persona jurídica de enfocar directamente a sus órganos o representantes sin especificar el fundamento de su responsabilidad penal. Sobre la necesidad de una realización del tipo por parte del representante o administrador Bruns, *JZ* 1958, p. 463; Silva Sánchez, J., "La responsabilidad penal de la empresa y de sus órganos en Derecho español". En: Silva Sánchez, J.

poder serle imputado objetiva y subjetivamente[167]. Para determinar la realización del tipo penal, resulta de importancia central precisar si se imputa por una competencia por organización o por una competencia institucional. En el primer caso, la imputación del hecho al representante dependerá de la infracción de su rol de ciudadano. Ya que el delito especial delimita el rol general de ciudadano en un ámbito concreto, deberá precisarse primeramente si el riesgo penalmente relevante proviene del ámbito de organización de la persona jurídica representada. La competencia del representante por el riesgo prohibido se deriva de un acto de asunción de la gestión de los asuntos de la representada, lo que significa que, desde ese momento, la competencia por la organización total o parcial de la esfera del representado recae sobre el representante[168]. Para determinar la competencia penal del representante, resulta irrelevante si el delito se cometió mediante una omisión o una acción[169].

(editor), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, p. 376; ZUGALDÍA ESPINAR, J., "Delitos contra el medio ambiente y responsabilidad criminal de las personas jurídicas". En: *Cuadernos de Derecho Judicial* N° 2, p. 218; BAJO FERNÁNDEZ, M. / BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho penal económico. Op. Cit.*, p. 101; RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, J., *El Derecho penal en la actividad económica: planteos del bien jurídico protegido y de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Op. Cit.*, p. 223 ss.; GALLEGO SOLER, J., "El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en Derecho penal". *Op. Cit.*, p. 152; GÓMEZ BENÍTEZ, J., *Curso de Derecho penal de los negocios a través de casos. Reflexiones sobre el desorden legal*, p. 112; CASTILLO ALVA, J., "El actuar en lugar de otro: responsabilidad penal de los órganos representantes y socios representantes de una persona jurídica. El caso peruano". *Op. Cit.*, p. A65; REYNA ALFARO, L., "Televisión 'fujimontesinista', revocación de licencias y responsabilidad de empresas". En: *Actualidad Jurídica* Vol. 98, p. 35; BONIFACIO MERCADO, C., "Problemas dogmáticos y político-criminales de la fórmula del 'actuar en lugar de otro' en el Código Penal". *Op. Cit.*, p. 70. Por su parte, MEINI MÉNDEZ, I., "El 'actuar en lugar de otro' en el Derecho penal peruano. Análisis del art. 27 del Código Penal". *Op. Cit.*, p. 139 s., reconoce un avance, aunque se muestra crítico ante la incorrección gramatical del artículo 27. El requisito de la realización del tipo penal por parte del representante no se aprecia con claridad en la Sentencia N° 3469-99 de 20/12/99 (CHOCANO RODRÍGUEZ, R. / VALLADOLID ZETA, V., *Jurisprudencia penal. Ejecutorias penales de la Corte Suprema de Justicia {1997-2001}. Op. Cit.*, p. 105 s.).

(167) En el mismo sentido, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., "Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación penal". En: FERRÉ OLIVÉ, C. / ANARTE BORRALLO, E. (editores), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, p. 214; MAZUELOS COELLO, J., "La responsabilidad penal de los órganos de dirección de la persona jurídica. Revisión de la fórmula del "actuar en lugar de otro". *Op. Cit.*, p. 187; UGAZ ZEGARRA, F., "Análisis del artículo 27 del Código Penal peruano: aproximación al estudio del actuar en lugar de otro". *Op. Cit.*, p. 149.

(168) Sobre la idea de la asunción como fundamento del actuar en lugar de otro, con distintos matices, SCHÜNEMANN, B., *Leipziger Kommentar (LK). Op. Cit.*, § 14, n. m. 12; BRUNS, H., "Grundprobleme der strafrechtlichen Organ- und Vertretenhaftung (§ 14 *StGB*, § 9 *OWiG*)". *Op. Cit.*, p. 20; BOTTKE, W., "Reform des Wirtschaftsstrafrechts der Bundesrepublik Deutschland". *Op. Cit.*, p. 89; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, A 21/11; GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*. Tomo I., p. 394 ss.

(169) *Vide* JAKOBS, G., *Estudios de Derecho penal. Op. Cit.*, pp. 114 s., 350, 363. En general, sigue esta comprensión VOGEL, J., *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, p. 354 ss. Por el contrario, LENCKNER / PERRON en SCHÖNKE, A. / SCHRÖDER, H., *Strafgesetzbuch (StGB). Op. Cit.*,

1.4. Los elementos especiales deben concurrir en la representada

El artículo 27 requiere, por último, que los elementos especiales de autoría que no concurran en el representante lo hagan en el representado. La primera cuestión que debe precisarse es qué debe entenderse por elemento especial en el contexto del "actuar en lugar de otro". Ya que el artículo 27 del Código Penal se encuentra regulado en el capítulo referido a la autoría y participación, resulta sistemáticamente coherente considerar a estos elementos como elementos especiales de autoría. Esta indicación es, sin embargo, demasiado amplia, pues al interior de los elementos especiales de autoría se suele diferenciar los llamados elementos subjetivos de autoría (motivos especiales, tendencias internas, etc.) de los elementos objetivos de autoría. La opinión doctrinal mayoritaria niega la aplicación del actuar en lugar de otro para los primeros(170) y lo limita, más bien, a los segundos(171). No obstante, tampoco todos los elemen- 45

§ 14, n. m. 24 ss.; y MARXEN, K., *Nomos Kommentar. Op. Cit.*, § 14, n. m. 29 hacen hincapié en el ámbito de los delitos de omisión y consideran que en los delitos especiales de omisión propia la utilización de la fórmula del "actuar en lugar de otro" resulta necesaria para sancionar penalmente a los representantes de personas jurídicas, lo que también vale para los delitos de omisión impropia cuando el tipo penal activo de correspondencia constituye un delito especial (GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*. Tomo I, p. 396 ss., tomo II, p. 92; de un parecer distinto, BLAUTH, P., *"Handeln für einen anderen" nach geltendem und kommendem Strafrecht. Op. Cit.*, pp. 117, 125; BRUNS, H., "Grundprobleme der strafrechtlichen Organ- und Vertretenhaftung (§ 14 *StGB*, § 9 *OWiG*)". *Op. Cit.*, p. 24 s.). Por el contrario, si el tipo penal activo de correspondencia está configurado como un delito común, no será necesario recurrir al "actuar en lugar de otro", ya que el representante en estos casos será por sí mismo garante y alcanzable por el propio tipo penal de la parte especial.

(170) *Vide* ABANTO VÁSQUEZ, M., *Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas. Op. Cit.*, p. 148; CASTILLO ALVA, J., "El actuar en lugar de otro: responsabilidad penal de los órganos representantes y socios representantes de una persona jurídica. El caso peruano". *Op. Cit.*, p. A64. Igualmente, en el Derecho penal alemán, BLAUTH, P., *"Handeln für einen anderen" nach geltendem und kommendem Strafrecht. Op. Cit.*, p. 109 s.; TIEDEMANN, K., "Die strafrechtliche Vertreter- und Unternehmenshaftung". *Op. Cit.*, p. 1843 s.; LENCKNER / PERRON en SCHÖNKE, A. / SCHRÖDER, H., *Strafgesetzbuch* (*StGB*). *Op. Cit.*, § 14, n. m. 8; SCHÜNEMANN, B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht: eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplantem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrech. Op. Cit.*, p. 140; SCHÜNEMANN, B., *Leipziger Kommentar* (*LK*). *Op. Cit.*, § 14, n. m. 38; SCHÜNEMANN, B., Voz: "Handeln für einen anderen". *Op. Cit.*, p. 2; MARXEN, K., *Nomos Kommentar. Op. Cit.*, § 14, n. m. 28; SCHROTH, H., *Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte*, p. 36. En el Derecho penal español OCTAVIO DE TOLEDO, E., "Las actuaciones en nombre de otro". *Op. Cit.*, p. 61; BACIGALUPO ZAPATER, E., "Responsabilidad penal de órganos, directivos y representantes de una persona jurídica (el actuar en nombre de otro)". *Op. Cit.*, p. 330. De otra opinión, BRUNS, H., "Grundprobleme der strafrechtlichen Organ- und Vertretenhaftung (§ 14 *StGB*, § 9 *OWiG*)". *Op. Cit.*, p. 30 ss.; GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*. Tomo II, p. 127.

(171) En este sentido, LENCKNER / PERRON en SCHÖNKE, A. / SCHRÖDER, H., *Strafgesetzbuch* (*StGB*). *Op. Cit.*, § 14, n. m. 8; SCHÜNEMANN, B., Voz: "Handeln für einen anderen". *Op. Cit.*, p. 2; BAJO FERNÁNDEZ, M. / BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho penal económico. Op. Cit.*, p. 106.

tos objetivos de autoría se encuentran abarcados por la norma del actuar en lugar de otro, sino que dentro de los mismos debe hacerse una diferenciación. En primer lugar, tienen que excluirse del ámbito de los elementos especiales de autoría del artículo 27 el caso de elementos objetivos de autoría personalísimos (por ejemplo, el caso de los funcionarios)(172), así como ciertas cualidades personales especiales (sexo, edad, etc.)(173), ya que en ambos casos no es posible una representación(174). Los elementos especiales de autoría que producen una actuación en lugar de otro se reducen, por tanto, a las relaciones personales especiales (deudor, contribuyente, comerciante, etc.)(175). Las llamadas circunstancias personales especiales que hacen mención a una situación transitoria del autor(176) solamente podrán tenerse en cuenta si se expresan como una relación personal especial (por ejemplo, el encontrarse en un procedimiento concursal debe interpretarse como tener la posición de deudor)(177).

46 Cabe precisar, finalmente, que la redacción del artículo 27 del Código Penal no ha sido muy feliz en la regulación del requisito analizado, pues limita la aplicación de la cláusula del actuar en lugar de otro a los casos de representación directa y deja al margen las relaciones de representación

(172) En este sentido, BLAUTH, P., *"Handeln für einen anderen" nach geltendem und kommendem Strafrecht. Op. Cit.*, p. 88; TIEDEMANN, K., "Die strafrechtliche Vertreter- und Unternehmenshaftung". *Op. Cit.*, p. 1843 s.; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, A 21/11; LENCKNER / PERRON en SCHÖNKE, A. / SCHRÖDER, H., *Strafgesetzbuch (StGB)*. *Op. Cit.*, § 14, n. m. 8; MARXEN, K., *Nomos Kommentar. Op. Cit.*, § 14, n. m. 27; SCHROTH, H., *Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte. Op. Cit.*, p. 36; OCTAVIO DE TOLEDO, E., "Las actuaciones en nombre de otro". *Op. Cit.*, p. 62; BACIGALUPO ZAPATER, E., "Responsabilidad penal de órganos, directivos y representantes de una persona jurídica (el actuar en nombre de otro)". *Op. Cit.*, p. 331; ABANTO VÁSQUEZ, M., *Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas. Op. Cit.*, p. 148. De otra opinión, aunque fuera de la regulación positiva, SCHÜNEMANN, B., *Leipziger Kommentar (LK). Op. Cit.*, § 14, n. m. 34; GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*. Tomo II, p. 151 ss. Escéptico ante la irrepresentabilidad de los llamados elementos especiales personalísimos, BRUNS, H., "Grundprobleme der strafrechtlichen Organ- und Vertretenhaftung (§ 14 *StGB*, § 9 *OWiG*)". *Op. Cit.*, p. 16 ss.

(173) BLAUTH, P., *"Handeln für einen anderen" nach geltendem und kommendem Strafrecht. Op. Cit.*, p. 84 s.; MARXEN, K., *Nomos Kommentar. Op. Cit.*, § 14, n. m. 25; SCHÜNEMANN, B., *Leipziger Kommentar (LK). Op. Cit.*, § 14, n. m. 40; OCTAVIO DE TOLEDO, E., "Las actuaciones en nombre de otro". *Op. Cit.*, p. 62; GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*. Tomo II, p. 129.

(174) *Vide*, en este sentido, LENCKNER / PERRON en SCHÖNKE, A. / SCHRÖDER, H., *Strafgesetzbuch (StGB). Op. Cit.*, § 14, n. m. 8 y s.; OCTAVIO DE TOLEDO, E., "Las actuaciones en nombre de otro". *Op. Cit.*, p. 62; GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*. Tomo II, p. 129.

(175) *Vide* LENCKNER / PERRON en SCHÖNKE, A. / SCHRÖDER, H., *Strafgesetzbuch (StGB). Op. Cit.*, § 14, n. m. 10/11; MARXEN, K., *Nomos Kommentar. Op. Cit.*, § 14, n. m. 25; OCTAVIO DE TOLEDO, E., "Las actuaciones en nombre de otro". *Op. Cit.*, p. 62; GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*. Tomo II, p. 129.

(176) *Vide* GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*. Tomo II, p. 128; MARXEN, K., *Nomos Kommentar. Op. Cit.*, § 14, n. m. 25, quien entiende que no hay necesidad de incluirlos.

(177) En este sentido, LENCKNER / PERRON en SCHÖNKE, A. / SCHRÖDER, H., *Strafgesetzbuch (StGB). Op. Cit.*, § 14, n. m. 40.

de segundo orden[178]. Por ejemplo, la LGS en su artículo 193 establece la posibilidad de que el gerente de una sociedad anónima sea una persona jurídica. Si una persona jurídica es nombrada gerente de una sociedad, los actos de representación (Art. 188 inc. 2 de la LGS) los llevará a cabo a través de su representante legal[179]. Esto quiere decir que si el representante de la persona jurídica (gerente) realiza un delito especial, no podrá ser sancionado con el artículo 27, pues el elemento especial de autoría no se dará en su representado, sino en el representado de su representado, es decir, en la sociedad mercantil[180].

2. Los requisitos del actuar en lugar de otro en delitos especiales que se imputan por competencia institucional

Si la imputación penal se sustenta en una competencia institucional, el 47
actuar en lugar de otro se aplicará a delitos especiales, en los que la vinculación institucional recae sobre la persona jurídica, pero el deber positivo derivado de la institución se traslada a su representante. El artículo 27 del Código Penal satisface esta exigencia, al permitir que el cumplimiento del deber institucional se transfiera a uno de sus miembros mediante una relación de representación (otra vinculación institucional)[181]. De esta manera, el representante resulta competente por el cumplimiento de los deberes positivos que, en

(178) *Vide* Abanto Vásquez, M., *Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas. Op. Cit.*, p. 152; Castillo Alva, J., "El actuar en lugar de otro: responsabilidad penal de los órganos representantes y socios representantes de una persona jurídica. El caso peruano". *Op. Cit.*, p. A68. Igualmente, en la regulación española, Gracia Martín, L., "Instrumentos de imputación jurídico-penal en la criminalidad de empresa y reforma penal". *Op. Cit.*, p. 223; Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico. Parte general. Op. Cit.*, p. 524; Zúñiga Rodríguez, L., "Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación penal". *Op. Cit.*, p. 216.

(179) *Vide* los supuestos de personas jurídicas administradoras, Gómez Benítez, J., *Curso de Derecho penal de los negocios a través de casos. Reflexiones sobre el desorden legal. Op. Cit.*, p. 101.

(180) Vinelli Vereau, R. / Espadín Ventocilla, P., "Responsabilidad penal de los órganos de representación de las personas jurídicas. Consideraciones sobre la cláusula del actuar en lugar de otro". *Op. Cit.*, p. 397, consideran, sin embargo, que con una interpretación teleológica es posible salvar este defecto de la redacción legal. Sin embargo, parece difícil de negar que esta interpretación termina por desbordar el marco del tenor legal y entra, finalmente, en una analogía prohibida.

(181) Hay que precisar que, en estos casos, no se transfiere el rol especial, sino determinados deberes institucionales de los que debe ocuparse el representante en su posición como tal. *Vide*, en este sentido, García Cavero, P., *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación. Op. Cit.*, p. 171; Mazuelos Coello, J., "La responsabilidad penal de los órganos de dirección de la persona jurídica. Revisión de la fórmula del "actuar en lugar de otro". *Op. Cit.*, p. 187. Por ello resulta correcta para los delitos de infracción de un deber la comprensión del actuar en lugar de otro de Ransiek, A., *Unternehmensstrafrecht. Op. Cit.*, p. 90 s., para quien no se trata aquí de la asunción de un deber propio, sino del cumplimiento de deberes ajenos.

principio, le corresponderían a su representada. En estos casos, la asunción fáctica, incluso frente a terceros, de las labores de administración de la persona jurídica no justifica la responsabilidad penal del que asume de hecho estas labores[182]. En principio, solamente un representante de derecho puede ser responsable por el incumplimiento de los deberes institucionales de su representada, lo que evidentemente no se enerva por la existencia de algún defecto formal que afecte la eficacia del nombramiento.

48 Las consideraciones precedentes ponen en evidencia que la competencia institucional del representante de la persona jurídica en los delitos especiales no se hace a partir del dominio de ciertos ámbitos de organización de su representada, sino por medio de una transferencia del cumplimiento de los deberes institucionales que surgen de la posición especial del representado, siempre y cuando esta transferencia del deber resulte posible mediante una relación de representación. En este orden de ideas, el representante habrá realizado el delito especial correspondiente si incumple el deber institucional transferido por el representado con la relación de representación, siendo aquí también irrelevante si este incumplimiento tiene lugar mediante una acción o una omisión[183].

49 Ejemplo de un delito especial imputable por una competencia institucional es el delito tributario de no entrega de tributos percibidos o retenidos previsto en el artículo 2 literal b) de la Ley Penal Tributaria. Si la obligación tributaria originaria recae sobre una persona jurídica constituida legalmente como agente de percepción o retención de los tributos, a ella le corresponderá cumplir con la entrega de los mismos al órgano administrador del tributo. El incumplimiento de esta obligación de entrega debería llevar a una sanción penal contra el poseedor del rol institucional, esto es, contra la persona jurídica. Sin embargo, en estos casos se hace responsable penalmente del incumplimiento del deber institucional al representante de la persona jurídica. Por medio de la relación de representación, el deber de entrega de los tributos percibidos o retenidos por la persona jurídica se transfiere al representante, quien deberá responder penalmente si es que no se entregan al fisco, y esto aun cuando la

(182) *Vide*, sobre la excepcionalidad de la asunción en los delitos de infracción de un deber, García Cavero, P., *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación. Op. Cit.*, p. 178 ss. Niega, en principio, la responsabilidad penal del administrador de hecho en caso de deberes del órgano, Tiedemann, K., *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten*, § 4, n. m. 135, admitiéndolo solamente en caso de falta de un administrador nombrado.

(183) Sobre esta irrelevancia también en los delitos de infracción de un deber, *vide* Jakobs, G., *Estudios de Derecho penal. Op. Cit.* p. 362 s.

labor de hacerlo pueda recaer internamente en otros miembros de la empresa (contadores, abogados, etc.). Para imputar responsabilidad penal solo basta verificar la calidad de representante de la empresa y la posibilidad de haber cumplido con el deber de entrega de los tributos percibidos o retenidos. La simple asunción de las labores de administración no hace competente institucional al administrador de hecho frente al deber de entrega de los tributos percibidos o retenidos por la empresa.

3. Consecuencia jurídica del actuar en lugar de otro

La consecuencia jurídica prevista en el artículo 27 del Código Penal es 50
que el representante responderá como autor del delito especial correspondiente. Sobre esta calificación hay que hacer algunas precisiones, pues es distinto considerar al *extraneus* autor que decir que se le castiga con la pena del autor. Al establecerse que el representante responde como autor, quiere decirse que el *extraneus* se convierte en *intraneus* del delito especial con todas las consecuencias derivadas de la autoría. Si el delito especial se imputa por una competencia por organización, el representante de la persona jurídica podrá ser autor directo, mediato o coautor, del mismo modo que podrá castigarse como partícipes a quienes le auxiliaron o como instigadores a quienes le indujeron a la comisión del hecho(184). Esta extensión del círculo de autores no autoriza, sin embargo, a castigar siempre como autor al representante de una persona jurídica, sino que su competencia organizacional por la realización del hecho delictivo debe ser de tal grado que permita una imputación penal como autor(185). No debe olvidarse que la competencia por organización requiere un grado de dominio del riesgo que permita sostener una competencia preferente sobre el hecho. Si la competencia es institucional, el representante de la persona jurídica responderá siempre como autor, mientras que los que los auxilian podrán responder por un auxilio organizativo conforme a los términos del último párrafo del artículo 25 del Código Penal.

IV. Supuestos especiales de actuaciones en lugar de otro

En la Parte Especial del Código Penal se regulan de manera específica 51
supuestos de actuar en lugar de otro. El caso más claro es el delito de fraude concursal doloso previsto en el artículo 209 del Código Penal, pues este mismo dispositivo contiene una cláusula de extensión especial, quizá con la intención

(184) *Vide* Gracia Martín, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*. Tomo II, p. 111.
(185) Ibídem, p. 106 s.

de escapar a los límites formales impuestos por el artículo 27 del Código Penal[186]. Dado que la redacción típica de este delito extiende expresamente el círculo de autores al que actúa en nombre del deudor, a su administrador o liquidador, podría sostenerse válidamente que esta extensión puede aplicarse a una actuación en lugar de un particular o incluso dar cabida a los distintos supuestos de administración fáctica. A la doctrina penal le corresponderá la tarea de precisar las razones que justifican una regulación especial del actuar en lugar de otro o, en todo caso, su cuestionamiento por afectar criterios de igualdad[187].

52 En otros casos, ciertos delitos previstos en la Parte Especial contienen una remisión expresa a la cláusula general contenida en el artículo 27 del Código Penal para castigar a los representantes legales de la persona jurídica. Esto sucede, por ejemplo, en el artículo 314-A del Código Penal en relación con los delitos contra el medio ambiente. Aquí no existe una regulación especial del actuar en lugar de otro, sino una remisión (ciertamente innecesaria) a la regla general prevista en el artículo 27 del Código Penal. La remisión hecha en los delitos contra el medio ambiente para determinar la responsabilidad penal de los "representantes legales" de la empresa confirma la cuestionada limitación realizada por la regla general a la teoría de la representación, al menos para los delitos especiales de dominio.

V. Bibliografía

53 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas*. Idemsa, Lima, 1997; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, "Diez años de Derecho penal económico peruano: un balance". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales* N°s 11-12, 2002; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, "Hacia un nuevo Derecho penal de las empresas. Más allá de la solución penal y meramente administrativa del 'delito económico'". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal* N° 8, febrero 2010; ARLOTH, Frank, "Zur Abgrenzung von Untreue und Bankrott bei der GmbH". En: *NStZ* 1990; BACIGALUPO ZAPATER, Ernesto, "Responsabilidad penal de órganos, directivos y representantes de una persona jurídica (el actuar en nombre de otro)". En: COBO DEL ROSAL, Manuel (director), *Comentarios a la legislación penal*. Tomo 5, Vol. 1. Edersa, Madrid, 1985; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, "Política criminal y reforma

(186) Ver, detalladamente, GARCÍA CAVERO, P., *Derecho penal económico. Parte especial*. Tomo I, p. 344 ss.

(187) Críticamente sobre una regulación especial del actuar en lugar de otro para las insolvencias punibles en el proyecto de reforma del Código penal español de 1992, BAJO FERNÁNDEZ, M., "Política criminal y reforma penal. Delitos patrimoniales económicos". En: *Política criminal y reforma penal: libro a la memoria del Prof. Juan del Rosal*, p. 145.

penal. Delitos patrimoniales económicos". En: *Política criminal y reforma penal: libro a la memoria del Prof. Juan del Rosal*. Edersa, Madrid, 1993; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel / BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, *Derecho penal económico*. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel / PÉREZ MANZANO, Mercedes / SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, *Manual de Derecho penal. Parte especial*. 2ª edición. Centro de Estudios Ramón Arece, Madrid, 1993; BINDOKAT, Heinz, "Versari in re illicita und Erfolgszurechnung". En: *JZ*, 1977; BINZ, Karlheinz, "Nochmals: Vertreterhaftung bei Bankrotthandlungen einer GmbH". En: *NJW* 1978; BLAUTH, Peter, *"Handeln für einen anderen" nach geltendem und kommendem Strafrecht*. Universitätsverlag Winter GmbH Heidelberg, 1968; BOCHMANN, Hans-Peter, *Teilnahme und Handeln für einen anderen*. Diss. Universität Bonn, Bonn, 1963; BONIFACIO MERCADO, Charles, "Problemas dogmáticos y político-criminales de la fórmula del 'actuar en lugar de otro' en el Código Penal". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal* T. 27, setiembre 2011; BOTTKE, Wilfried, "Empfiehlt es sich, die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Wirtschaftsstraftaten zu verstärken?". En: *Wistra*, 1991; BOTTKE, Wilfried, "Reform des Wirtschaftsstrafrechts der Bundesrepublik Deutschland". En: *Deutsche Wiedervereinigung, Unternehmenskriminalität*. T. III. Heymann, Köln, 1996; BRUNNER, Walter, *Der Täterkreis bei Kartellordnungswidrigkeiten*. Pfaffenweiler, Bamberg, 1986; BRUNS, Hans-Jürgen, "Grundprobleme der strafrechtlichen Organ- und Vertretenhaftung (§ 14 *StGB*, § 9 *OWiG*)". En: *GA*, 1982; BRUNS, Hans-Jürgen, *Können die Organe juristischer Personen, die im Interesse ihrer Körperschaften Rechtsgüter Dritter verletzen, bestraft werden?*. Schletter, Breslau, 1931; BRUNS, Hans-Jürgen, "Über die Organ- und Vertreterhaftung im Strafrecht". En: *JZ* 1/2 1954; BUSCH, Richard, *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*. Weicher, Leipzig, 1933; CARO CORIA, Dino, "La irresponsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma de 1991". En: *Thémis. Revista de Derecho* Nº 24, 1992; CASTILLO ALVA, José Luis, "El actuar en lugar de otro: responsabilidad penal de los órganos representantes y socios representantes de una persona jurídica. El caso peruano". En: *Normas Legales* Nº 279, Trujillo 1999; CHOCANO RODRÍGUEZ, Reiner / VALLADOLID ZETA, Víctor, *Jurisprudencia penal. Ejecutorias penales de la Corte Suprema de Justicia (1997-2001)*. Jurista Editores, Lima, 2002; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, "Artículo 31". En: CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (director), *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*. Trivium, Madrid, 1997; DANNECKER, Gerhard, "Fahrlässigkeit in formalen Organisationen". En: AMELUNG, Knut (Hrsg.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*. Pro Universitate, Sinzheim, 2000; DEUTSCHER, Jörg / KÖRNER, Peter, "Strafrechtlicher Gläubigerschutz in der Vor-GmbH". En: *Wistra*, 1996; FERNÁNDEZ TERUELO, Javier, *Estudios de Derecho penal económico*. Dykinson, Madrid, 2003; FLEISCHER, Wolfgang, "Vertreterhaftung bei Bankrotthandlungen einer GmbH". En: *NJW* 1976; FRISCH, Wolfgang, "Problemas

fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa". En: MIR PUIG, Santiago / LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (coordinador), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y representantes y responsabilidad por el producto*. Bosch, Barcelona, 1996; GALLAS, Wilhelm, "Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs". En: *ZStW* 80, 1968; GALLAS, Wilhelm, *La teoría del delito en su momento actual*. Traducción CÓRDOBA RODA, Juan. Bosch, Barcelona, 1959; GALLEGO SOLER, José, "El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en Derecho penal". En: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (director) / LARA GONZÁLEZ, Rafael (coordinador). *Derecho penal de la empresa*. Ed. Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2002; GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte especial*. 2ª edición. Tomo I. Grijley, Lima, 2007; GARCÍA CAVERO, Percy, *El actuar en lugar de otro en el Derecho penal peruano*. ARA, Lima, 2003; GARCÍA CAVERO, Percy, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*. Bosch, Barcelona, 1999; GÓMEZ BENÍTEZ, José, *Curso de Derecho penal de los negocios a través de casos. Reflexiones sobre el desorden legal*. Colex, Madrid, 2001; GRACIA MARTÍN, Luis, *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*. Tomo I. Prensas Universitarias, Zaragoza, 1985; GRACIA MARTÍN, Luis, *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*. Tomo II. Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1986; GRACIA MARTÍN, Luis, "Instrumentos de imputación jurídico-penal en la criminalidad de empresa y reforma penal". En: *Actualidad Penal* Nº 16, abril 1993; HEINE, Günter / MEINBERG, Volker, "Das Umweltstrafrecht - Grundlagen und Perspektiven einer erneuten Reform". En: *GA* 1990; HOFACKER, Wilhelm, *Die Staatsverwaltung und die Strafrechtsreform*. W.Kohlhammer Verlag, Berlin, 1919; HURTADO POZO, José, "Personas jurídicas y responsabilidad penal". En: HURTADO POZO, José (director), *Anuario Derecho Penal ,96: Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Grijley Lima, 1997; JAKOBS, Günther, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*. Westdeutscher Verlag, Leverkusen, 1996; JAKOBS, Günther, "El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos". Traducción de CANCIO MELIÁ. En: *El sistema funcionalista del Derecho penal*. Grijley, Lima, 2000; JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho penal*. Civitas, Madrid, 1997; JAKOBS, Günther, "La competencia por organización". En: *Estudios de Derecho penal*. Civitas, Madrid, 1997; LABSCH, Karl Heinz, "Die Strafbarkeit des GmbH-Geschäftsführers im Konkurs der *GmbH*". En: *Wistra*, 1985; LANGER, Winrich, *Das Sonderdelikt*. Berlin, 1972; LOHMAR, Jens, *Steuerstrafrechtliche Risiken typischer Bankgeschäfte*. Duncker & Humblo, Berlin, 2002; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico. Parte general*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998; MARXEN, Klaus, *Nomos Kommentar*. Baden-Baden, 1995; MAZUELOS COELLO, Julio, "La responsabilidad penal de los órganos de dirección de la persona jurídica. Revisión de la fórmula del "actuar en lugar de otro". En: *Advocatus* Nº 5, diciembre 2001; MEINI MÉNDEZ, Iván, "El 'actuar en lugar de otro' en el Derecho penal peruano. Análisis del art. 27 del Código Penal". En: *Revista*

Jurídica del Perú N° 28, noviembre 2001; MEINI MÉNDEZ, Iván, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. PUCP, Lima, 1999; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*. 6ª edición. Reppertor, Barcelona, 2002; MUÑOZ CONDE, Francisco, "La responsabilidad penal de los órganos de las personas jurídicas en el ámbito de las insolvencias punibles". En: *Cuadernos de Política Criminal* N° 3, 1977; MUÑOZ CONDE, Francisco, "Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?". En: *Revista Penal* N° 9, 2002; NAGLER, Johannes, *Die Teilnahme am Sonderverbrechen*. W. Engelmann, Leipzig, 1903; NEUDECKER, Gabriele, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Mitglieder von Kollegialorganen*. Peter Gmbh Lang Aug, Frankfurt a.M., 1995; NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, *Responsabilidad penal de la empresa*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; OCTAVIO DE TOLEDO, Emilio, "Las actuaciones en nombre de otro". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* T. 37, Fasc./mes 1, 1984; PÉREZ CEPEDA, Ana, *La responsabilidad de los administradores de sociedades: criterios de atribución*. Cedecs, Barcelona, 1997; RANSIEK, Andreas, *Unternehmensstrafrecht*. Müller, Heidelberg, 1996; REYNA ALFARO, Luis, "Televisión 'fujimontesinista', revocación de licencias y responsabilidad de empresas". En: *Actualidad Jurídica* Vol. 98, enero 2002; RIBKA, Heinz, *Strafbares Handeln als Organ einer Körperschaft*. Diss., München, 1950; RIMMELSPRACHER, Bruno, "Strafrechtliche Organ-, Vertreter und Verwalterhaftung". En: *JZ*, 1967; RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, Juan, *El Derecho penal en la actividad económica: planteos del bien jurídico protegido y de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Ábaco - Universidad Austral Buenos Aires, 2000; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo / JORGE BARREIRO, Agustín, *Comentarios al Código Penal*. Civitas, Madrid, 1997; ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal*. Tomo I. Gaceta Jurídica, Lima, 1999; ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*. Traducción de CUELLO CONTRERAS, Joaquín / SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis. Marcial Pons, Madrid, 1998; ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*. Traducción de LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel / DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel / DE VICENTE REMESAL, Javier. Civitas, Madrid, 1998; ROXIN, Claus, *LK*, 10 Aufl., Berlin, 1980; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, "Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* T. 48, Fasc./mes 1, 1995; SCHÄFFER, Hans-Bernd, "Referat zum Thema 'Handeln für einen anderen' –Organhaftung–". En: *NGrStrK*, IV. AT, Bonn, 1958; SCHMITT, Rudolf, "Nochmals: Die strafrechtliche Organ- Vertreterhaftung". En: *JZ* 4 1968; SCHÖNKE, Adolf / SCHRÖDER, Horst, *Strafgesetzbuch* (*StGB*). 26. Aufl., München, 2001; SCHROTH, Hans-Jürgen, *Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte*. Brühl, Giessen 1993; SCHÜNEMANN, Bernd, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte; zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*. O. Schwartz, Göttingen, 1971; SCHÜNEMANN, Bernd, Voz: "Handeln für

einen anderen". En: KREKELER, Wilhelm / TIEDEMANN, Klaus / ULSENHEIDER, Klaus / WEINMANN, Günther (Hrsg.), *Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*. Peter Deubner, Heidelberg, estado, mayo 1990; SCHÜNEMANN, Bernd, *Leipziger Kommentar (LK)*, 11. Aufl., Berlin, 1993; SCHÜNEMANN, Bernd, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht: eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplantem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht*. Heymann: Köln, 1979; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, "El actuar en lugar de otro (artículo 31) en el nuevo Código Penal español". En: *Estudios de Derecho penal*. Grijley, Lima, 2000; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, "La responsabilidad penal de la empresa y de sus órganos en Derecho español". En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (editor), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*. José María Bosch Editor, Barcelona, 1995; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (director) / PASTOR MUÑOZ, Nuria (coordinadora), *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*. La Ley, Madrid, 2012; TIEDEMANN, Klaus, "Die strafrechtliche Vertreter- und Unternehmenshaftung". En: *NJW* 1986; TIEDEMANN, Klaus, *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten*. 3. Aufl. Heymanns, Köln, 2010; TIEDEMANN, Klaus, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, I*. Rowohlt Taschenbuch, Hamburg, 1976; UGAZ ZEGARRA, Fernando, "Análisis del artículo 27 del Código Penal peruano: aproximación al estudio del actuar en lugar de otro". En: *Revista Bibliotecal: edición bicentenario 1804-2004* Nº 7, año 7, octubre 2004; VINELLI VEREAU, Renzo / ESPADÍN VENTOCILLA, Pedro, "Responsabilidad penal de los órganos de representación de las personas jurídicas. Consideraciones sobre la cláusula del actuar en lugar de otro". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal* T. 24, junio 2011; VOGEL, Joachim, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*. Duncker und Humblot, Berlin, 1993; WEBER, Ulrich, "Anmerkung zu BGHSt 34". En: *StV* 1988; WEBER, Ulrich, "Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts (einschließlich Verbraucherschutz)". En: *ZStW* 96, 1984; WIESENER, Axel, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Stellvertretern und Organen*. Athenäum-Verl. Frankfurt, 1971; WINKELBAUER, Wolfgang, "Anmerkung zum Urteil des BGH vom 6.11.1986 - 1 StR 327/86". En: *JR* 1988; ZUGALDÍA ESPINAR, José, "Delitos contra el medio ambiente y responsabilidad criminal de las personas jurídicas". En: *Cuadernos de Derecho Judicial* Nº 2, 1997 (ejemplar dedicado a: Empresa y delito en el nuevo Código Penal); ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, "Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación penal". En: FERRÉ OLIVÉ, Carlos / ANARTE BORRALLO, Enrique (editores), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*. Universidad de Huelva, Huelva, 1999.

TÍTULO III
DE LAS PENAS

CAPÍTULO I

CLASES DE PENA

§ 28
Clases de penas

MADELAINE REYES GASTELÚ
Abogada en Derecho penal
(Perú)

Sumario

		Nm	P
I.	Introducción	1	501
II.	Naturaleza y fines de la pena	2	502
	1. Naturaleza de la pena.	2	502
	2. Fines de la pena	7	503
	2.1. Teoría absoluta o retributiva	8	503
	2.2. Teoría de la prevención especial	10	504
	2.3. Teoría de prevención general	14	505
	2.4. Teorías mixtas o unificadoras	17	506
III.	Fines de la pena según el Tribunal Constitucional	20	507
IV.	Las clases de penas previstas en el artículo 28 del Código Pena	29	511
	1. Privativa de libertad	33	512
	2. Restrictivas de libertad	34	512
	3. Limitativas de derechos	36	512
	4. Multa	37	513
V.	Bibliografía	39	513

§ 28.- Clases de pena

"Las penas aplicables de conformidad con este Código son:

- Privativa de libertad;

- Restrictivas de libertad;

- Limitativas de derechos; y

- Multa".

I. Introducción

En el presente trabajo se realizará un breve análisis de las clases de penas 1
que se encuentran reguladas en el artículo 28 del Código Penal peruano. Tales clases de penas se fundamentan en importantes paradigmas teóricos que han sido desarrollados tanto en la ciencia jurídico-penal como en la filosofía del derecho. Por tal razón, en la primera parte de este trabajo, por un lado, se realiza una breve explicación de las principales teorías que se ocupan tanto de la naturaleza como de los fines de la pena (II); y, por otro lado, se expone brevemente la postura del Tribunal Constitucional sobre dicha problemática (III). En la segunda parte (IV), se desarrolla de forma muy escueta cada una de las penas que regula el artículo 28 del Código Penal.

II. Naturaleza y fines de la pena

1. Naturaleza de la pena

2 A nivel teórico se define a la pena como retribución justa del delito[1]; como un mal que impone el legislador por la comisión de un delito[2] que consiste en la pérdida de bienes como retribución por haber violado el deber de no cometer un delito[3].

3 Para muchos, la pena existe porque la presencia del Derecho penal es garantía de seguridad de los bienes jurídicos. Aunque debe admitirse, también, lo difícil que sería comprobar empíricamente de qué depende que una sociedad se sienta segura o no, y en qué medida la existencia del Derecho penal contribuye a ello[4]. En cualquier caso, la pena se justifica por su necesidad como medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de personas de una comunidad. Sin la pena, la convivencia humana en la sociedad actual sería imposible. Se trata de un elemental recurso al que debe acudir el Estado para posibilitar la convivencia entre los hombres, su justificación no es, por consiguiente, una cuestión religiosa ni filosófica, sino una "amarga necesidad en una sociedad de seres imperfectos como lo son los hombres"[5].

4 En la pena hay que distinguir dos aspectos diferentes, uno es el referido a qué es la pena y el otro, a la imposición de la pena. En cuanto al primer aspecto, la pena no es sino autoconstatación (ideológica) del Estado, mediante la pena, el Estado demuestra su existencia frente a todos los ciudadanos, señala que el sistema por él erigido sigue vigente[6]; a través de ello, el Estado ejerce la función de protección de su sistema, luego que ha fijado los bienes jurídicos objeto de protección.

5 En ese sentido, la pena constituye un mal con el que amenaza el Estado al ciudadano a través del Derecho penal, en los supuestos en que se realice una conducta que es considerada como delito[7] en el ordenamiento jurídico. Así, la pena viene a ser la reacción al conflicto producido por la trasgresión de

(1) Cuello Contreras, J., *El Derecho penal español. Parte general*, p. 84.
(2) Muñoz Conde, F., *Introducción al Derecho*, pp. 69-70.
(3) Núñez, R., *Manual de Derecho penal. Parte general*, p. 277.
(4) Cuello Contreras, J., *El Derecho penal español. Parte general*, p. 115.
(5) Muñoz Conde, F., *Introducción al Derecho*, pp. 69-70.
(6) Bustos Ramírez, J., *Estado actual de la teoría de la pena. Obras completas. Control social y otros estudios.* Tomo II, pp. 115-116.
(7) Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 39.

una norma, es decir, es la réplica ante la infracción de esta norma[8] que, ante su quebrantamiento, será ejecutada a costa de su infractor.

Sin embargo, al día de hoy no existe un consenso único y definitivo respecto a la finalidad de la pena. Ello debido a que su justificación guarda estrecha relación con la del propio Derecho penal, en definitiva, la legitimación de la causación del mal en que consiste esencialmente la pena por añadidura exige establecer la del propio Derecho penal[9]. 6

2. Fines de la pena

Existen varias teorías que explican cuáles son los fines de la pena, de las cuales destacan las siguientes: a) la teoría absoluta o retributiva; b) la teoría de prevención especial; c) la teoría de prevención general; y, d) las teorías mixtas o de la unión. 7

2.1. Teoría absoluta o retributiva

La teoría de la retribución no encuentra el sentido de la pena en la persecución de fin alguno socialmente útil, sino en que mediante la imposición de un mal merecidamente se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido. Se habla aquí de una teoría absoluta, porque para ella el fin de la pena es independiente, desvinculado de su efecto social. Sus fundamentos filosóficos se encuentran tanto en KANT como en HEGEL[10]. Se trata de la concreción punitiva del antiguo principio del Talión: "ojo por ojo, diente por diente". Esta teoría garantiza un estricto respeto al principio de dignidad del hombre y restringe la magnitud del injusto como un límite para la sanción que impide su instrumentalización con fines sociales, es decir, la pena es retribución por el injusto y su cuantía queda anclada a este último[11]. 8

La teoría absoluta exige proporcionalidad entre la pena y el delito, y es en esta proporcionalidad que se encuentra un límite de garantía para el ciudadano. No se puede castigar más allá de la gravedad del delito cometido, ni siquiera por consideraciones preventivas, porque la dignidad humana se opone a que el individuo sea utilizado como instrumento de consecución de fines sociales de prevención a él trascendentes. La proporcionalidad puede concebirse como 9

(8) JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general. Fundamentos de la teoría de la imputación*, §10, p. 13.
(9) SILVA SÁNCHEZ, J., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 179.
(10) ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general.* Tomo I, pp. 81-82.
(11) BACIGALUPO, E., *Principios del Derecho penal. Parte general*, p. 10.

un límite que debe respetar el ejercicio de la función punitiva y, como tal, no fundamenta la necesidad de esta función, sino que, al revés, la restringe[12].

2.2. Teoría de la prevención especial

10 Para esta teoría, la misión de la pena consiste únicamente en hacer desistir al autor de futuros delitos. El fin de la pena apunta a la prevención que va dirigida al autor individual (especial)[13]. Dentro de esta teoría, a su vez, se han desarrollado dos vertienes: la teoría preventivo-especial positiva o resocializadora y la teoría preventivo-especial negativa o inocuizadora.

11 Desde la perspectiva de la teoría de la prevención especial positiva, la finalidad de la pena puede ser dividida en dos fases[14]: a) en el momento de su aplicación misma, teniendo como propósito inmediato disuadir al delincuente de la comisión de ilícitos penales en el futuro, en virtud a que internaliza la grave limitación de la libertad personal que significa su aplicación; y b) en el momento de su ejecución, la cual debe encontrarse orientada a la rehabilitación, reeducación y posterior reinserción del individuo a la sociedad. Por esta teoría, no solo se obliga exclusivamente a la protección del individuo y de la sociedad, sino que, al mismo tiempo, se busca ayudar al autor, sin excluirlo, sino integrándolo[15].

12 Esta finalidad encuentra una referencia explícita en el inciso 22 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, el cual establece que: "Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad", y en la normativa internacional, en el artículo 5 inciso 6 del Pacto de San José de Costa Rica, que a la letra señala: "Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados". Sin embargo, a consecuencia de la ausencia de límites a la magnitud de la pena, existe una tendencia a elevar las escalas de las penas de modo indefinido; así, por ejemplo, podría decidirse retener el tiempo necesario hasta que estuviera resocializado, sin relación con la gravedad del delito, lo que tal vez no suceda[16].

(12) Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 79.
(13) Roxin, C., *Derecho penal. Parte general.* Tomo I. *Op. Cit.*, p. 85.
(14) STC Exp. N° 0019-2005-AI/TC, del 21/06/2005, f. j. 31.
(15) Buteler, E., "Las penas". En: Lascano, C. (coordinador), *Derecho penal. Parte general*, p. 656.
(16) Roxin, C., *Derecho penal. Parte general.* Tomo I. *Op. Cit.*, p. 96.

Por su parte, desde la perspectiva de la prevención especial negativa, la 13
pena tratará de evitar que el autor exprese su mayor o menor peligrosidad en sus relaciones sociales (inocuización). La pena inocuizadora dirige sus consecuencias sobre quienes, a pesar de haber delinquido, no necesitan de resocialización por carecer de capacidad de corrección[17], es decir, si el sujeto resulta inintimidable y además incorregible, no quedará otra solución que su inocuización, su eliminación como peligro futuro de realización de nuevos delitos. Se afirma que la inocuización es efectiva cuando mediante la pena se anula totalmente la causa del delito; estas penas son, por ejemplo, la pena de muerte, la castración o la imposición de una cadena perpetua[18], todas estas clases de penas buscan la inocuización del delincuente habitual de quien no se puede conseguir que desista ni que mejore[19].

2.3. Teoría de prevención general

La prevención general positiva o prevención por integración postula que, 14
a través de la conminación penal establecida en la norma y de la consiguiente aplicación de la sanción al culpable, se evita la legitimación del delito y se alienta la aversión, que se supone normal y espontánea, contra el injusto, contribuyendo con ello, además, a poner coto a la predisposición delictiva latente en la colectividad[20]. Es decir, la pena es un medio para evitar que surjan delincuentes de la sociedad[21].

Según ROXIN[22], en la prevención general positiva se pueden distinguir a su 15
vez tres fines y efectos distintos, si bien imbricados entre sí: el efecto de aprendizaje, motivado socialpedagógicamente; el ejercicio en la confianza del derecho que se origina en la población por la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que surge cuando el ciudadano ve que el derecho se aplica; y, finalmente, el efecto de pacificación, que se produce cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza, en virtud de la sanción, sobre el quebrantamiento de la ley y considera solucionado el conflicto con el autor. Sobre todo al efecto de pacificación, mencionado en último lugar, se alude hoy frecuentemente para la justificación de reacciones jurídico-penales con el término de "prevención integradora".

(17) BACIGALUPO, E., *Derecho penal. Parte general*, p. 35.
(18) MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 85: "frente al delincuente habitual incorregible la pena ha de conseguir su inocuización a través de un aislamiento que puede llegar a ser perpetuo".
(19) ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general.* Tomo I. *Op. Cit.*, p. 84.
(20) JESCHECK, H. / WEIGEND, T., *Tratado de Derecho penal. Parte general*, p. 60.
(21) MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 81.
(22) ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general.* Tomo I. *Op. Cit.*, pp. 91-92.

16 Mayoritariamente, se acepta la teoría de la prevención general positiva basada en la internalización de la norma, según la cual la colectividad reconoce y fomenta la confianza en la norma, lo cual no es otra cosa que el fomento de la fidelidad al derecho y la aceptación de las consecuencias provenientes de la infracción de la norma. Bajo esa premisa, el fin de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales, por lo que el contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma. La pena debe proteger las condiciones de la interacción social y tiene, por tanto, una función preventiva. Secundariamente, la pena puede impresionar de tal modo al que la sufre o a terceros que estos se abstengan de realizar hechos futuros[23].

2.4. Teorías mixtas o unificadoras

17 Las teorías mixtas, unificadoras o de la unión, que antes fueron absolutamente dominantes y que todavía hoy son determinantes para la jurisprudencia, consisten en una combinación de las concepciones discutidas hasta ahora. Consideran la retribución, la prevención especial y la prevención general como fines de la pena que se persiguen simultáneamente, en igual rango de importancia, de tal forma que puede colocarse en primer plano tanto uno como otro fin de la pena[24], de acuerdo a la necesidad del Estado.

18 Esta combinación de criterios posibilita soluciones para los diferentes cuestionamientos que se hacen a las teorías "puras" que hemos reseñado; sin embargo, su desventaja radica en la dificultad de hallar criterios teóricos que permitan unificar fundamentos y fines tan disímiles.

19 A pesar de ello, se reconoce que las teorías preventivas, cuyo enfoque no establece barreras en su poder sancionador, encuentran en la prohibición de rebasamiento de la culpabilidad de la teoría de la retribución[25] su límite y freno, lo que hace de esta combinación la más óptima y acorde con nuestro ordenamiento jurídico.

(23) Jakobs, G., *Derecho penal. Parte general. Fundamentos de la teoría de la imputación. Op. Cit.*, Nm. 15-16, pp. 14, 18-19.
(24) Roxin, C., *Derecho penal. Parte general.* Tomo I. *Op. Cit.*, pp. 93-94.
(25) Ibídem, p. 99.

III. Fines de la pena según el Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional, a través de la STC Exp. N° 0019-2005-PI/ 20
TC, ha descartado que se conciba a la retribución absoluta como el fin de la pena, lo que no implica que se desconozca que toda sanción punitiva lleva consigo un elemento retributivo. Lo que ocurre es que la pretensión de que esta agote toda su virtualidad en generar un mal en el penado convierte a este en mero objeto de la política criminal del Estado, negando su condición de persona humana y, consecuentemente, incurriendo en un acto tan o más execrable que la propia conducta del delincuente. Sin embargo, continúa el Tribunal, las teorías preventivas, tanto la especial como la general, gozan de protección constitucional directa, en tanto y en cuanto sus objetivos resultarían acordes con el principio-derecho de dignidad, reconocido en el artículo 5, apartados 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. A decir del Tribunal Constitucional, la pena es el mejor medio de represión del delito, por cuanto ha sido reconocida por el constituyente como un mal generado contra bienes que resultan particularmente trascendentes para garantizar las mínimas condiciones de una convivencia armónica en una sociedad democrática.

Tal represión racional se llevaría a cabo mediante una serie de competen- 21
cias estatales que están distribuidas entre distintos órganos constitucionales, como son la Policía Nacional y el Ministerio Público. Sin embargo, tal como ha destacado el Tribunal Constitucional, "la función punitivo-jurisdiccional es privativa del Poder Judicial"[26]. En efecto, es al Poder Judicial a quien corresponde establecer las responsabilidades penales, en virtud de lo prescrito en el artículo 138 de la Constitución Política del Perú, que le confiere el ejercicio de la administración de justicia que emana del pueblo[27]. En ese sentido, el Poder Judicial es el órgano que, en estricto respeto del principio de legalidad penal (Art. 2, inc. 24, lit. d[28]) y con la independencia que la Constitución le concede y exige (inc. 1 del art. 146 de la Constitución[29]), debe finalmente

(26) STC Exp. N° 006-2003-AI/TC, f. j. 18.

(27) Constitución Política del Perú: "Artículo 138.- 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".

(28) Constitución Política del Perú: "Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: (...) 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: (...) d. 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".

(29) Constitución Política del Perú: "Artículo 146.- (...) El Estado garantiza a los magistrados judiciales: 1. Su independencia. Solo están sometidos a la Constitución y la ley".

reprimir las conductas delictivas comprobadas en un debido proceso, con la pena que resulte correspondiente.

22 Así, las penas, en especial la privativa de libertad, por estar orientadas a evitar la comisión del delito, operan como garantía institucional de las libertades y la convivencia armónica a favor del bienestar general. Dicha finalidad la logran mediante distintos mecanismos que deben ser evaluados en conjunto y de manera ponderada. En primer lugar, en el plano abstracto, con la tipificación de la conducta delictiva y de la respectiva pena, se amenaza con infligir un mal si se incurre en la conducta antijurídica. En segundo término, desde la perspectiva de su imposición, se renueva la confianza de la ciudadanía en el orden constitucional, al convertir una mera esperanza en la absoluta certeza de que uno de los deberes primordiales del Estado, consiste en "proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia (...)"[30], se materializa con la sanción del delito (prevención especial en su vertiente positiva). De todo ello se deriva la consecuente vigencia efectiva o materialización del derecho fundamental a la seguridad personal en su dimensión objetiva (inc. 24 del Art. 2 de la Constitución Política del Perú).

23 La grave limitación de la libertad personal que supone la pena privativa de libertad y su *quantum* específico son el primer efecto reeducador en el delincuente, quien internaliza la seriedad de su conducta delictiva e inicia su proceso de desmotivación hacia la reincidencia (prevención especial de efecto inmediato). Finalmente, en el plano de la ejecución de la pena, esta debe orientarse a la plena rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (prevención especial de efecto mediato, prevista expresamente en el inciso 22 del artículo 139 de la Constitución). Sin embargo, ninguna de las finalidades preventivas de la pena podría justificar que exceda la medida de la culpabilidad en el agente, la cual es determinada por el juez penal a la luz de la personalidad del autor y del mayor o menor daño causado con su acción a los bienes de relevancia constitucional protegidos.

24 Adicionalmente, el Tribunal Constitucional ha precisado que las penas se deben imponer respetando, además del principio de la dignidad humana, el principio de legalidad, el principio de personalidad y el principio de proporcionalidad.

25 En virtud del principio de humanidad, se prohiben las torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, de conformidad con lo previsto

(30) Artículo 44 de la Constitución Política del Perú.

en el artículo 5, apartado 2 del Pacto de San José de Costa Rica ("Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano"), el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. Finalmente, la Constitución Política del Estado establece en el artículo 2, inciso 24), literal "f", que: "Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes (...)". El reconocimiento de este derecho humano excede su dimensión estricta de derecho subjetivo y se proyecta, además, como un valor o principio constitucional objetivo del derecho penitenciario, en cuanto principio de humanidad de las penas, tal como lo establece el artículo 3 del Código de Ejecución Penal (Decreto Legislativo N° 654)[31].

Por su parte, el principio de legalidad (Art. 2 inc. 24, lit. "d" de la Cons- 26
titución) constituye una garantía básica de todo ciudadano en un Estado de Derecho: *nullum crimen nulla pena sine previa lege penale*. Este principio garantiza el derecho a saber qué es lo que está prohibido, es decir, a saber qué conductas constituyen delito; y qué consecuencias tendrá la realización de dicha conducta prohibida, lo que incluye la forma y características de la reacción penal[32]. Por tanto, no solo las conductas delictivas deben estar descritas previamente en la ley con suficiente precisión o determinación, sino también las penas[33].

El principio de personalidad de la pena (previsto en el Art. 5 apartado 3, 27
del Pacto de San José de Costa Rica) establece que: "La pena no puede trascender a la persona del delincuente". Este principio es una consecuencia del principio de culpabilidad, que impide castigar a alguien por un hecho ajeno, esto es, producido por otro. Por este principio se excluye toda posibilidad de extender formas de responsabilidad penal a grupos sociales en conjunto o de imponer penas sobre personas no individuales[34]. Este principio, si bien no

(31) STC Exp. N° 1429-2002-HC/TC, f. j. 4.

(32) STC Exp. N° 3644-2015-PCH/TC, f. j. 8.

(33) STC Exp. N° 8646-2005-HC/TC, f. j. 2: "El principio de legalidad penal se configura también como un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. Como principio constitucional, informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones. En tanto que en su dimensión de derecho subjetivo constitucional garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica".

(34) Bonetto, L., "Derecho penal y Constitución". En: Lascano, C. (coordinador), *Derecho penal. Parte general*, p. 123.

goza de reconocimiento constitucional expreso, pude ser derivado del principio de proporcionalidad de las penas y del de legalidad penal[35]. Así, el principio de culpabilidad brinda la justificación de la imposición de penas cuando la realización de delitos sea reprochable a quien los cometió[36]. De este modo queda proscrita la responsabilidad objetiva[37].

28 Finalmente, el principio de proporcionalidad exige que exista proporción entre la gravedad de la pena y la gravedad del delito, que las penas sean proporcionadas a la entidad del delito cometido[38]. Esa proporcionalidad debe darse tanto en abstracto como en concreto, es decir, tanto en la relación abstracta entre la gravedad del delito y la pena (proporcionalidad abstracta) como en la relación entre la pena exacta impuesta al autor y la gravedad del hecho concreto cometido (proporcionalidad concreta). Así, el Tribunal Constitucional entiende que uno de los principios constitucionales que de ninguna manera puede encontrarse exento de aplicación en la justicia penál es el de proporcionalidad, porque en la medida que toda alternativa punitiva implica merituación de sanciones a partir de la naturaleza y la magnitud de los bienes jurídicos que fueron infringidos, queda claro que la legitimidad de la decisión emitida por la justicia penal reposa en un adecuado uso de dicho principio, ya que una cosa es restringir la libertad a título de una pena bien aplicada y otra distinta afectarla por una medida sancionadora excesiva o errada. Por lo tanto, la mejor manera (aunque, por cierto, no la única) de verificar si una pena, como medida restrictiva de derechos, ha sido bien impuesta en términos no de una justicia penal, sino de respeto a los derechos fundamentales, pasa por indagar si las razones utilizadas en la sentencia que establece una condena fueron o no suficientes para sustentarla. Solo así podrá comprobarse si la magnitud de una pena va de la mano con la naturaleza de los hechos imputados y si, por consiguiente, se hizo una adecuada aplicación del principio de proporcionalidad al momento de aplicarse la pena[39].

(35) Cfr. STC Exp. N° 0014-2006-PI, ff. jj. 28 al 33.
(36) Cfr. STC Exp. N° 0014-2006-PI, f. j. 25.
(37) STC Exp. N° 3245-2010-PHC/TC, f. j. 28.
(38) "El principio de proporcionalidad de las penas es un valor constitucional, y el artículo 138 de la Constitución, establece que '[l]a potestad de administrar justicia (...) se ejerce por el Poder Judicial (...) con arreglo a la Constitución', existe una presunción de que el *quantum* de las penas privativas de libertad impuestas por el juez penal guarda una relación de proporcionalidad con el grado de afectación del bien constitucional a que dio lugar la realización de la conducta típica". STC Exp. N° 0012-2010-PI/TC, f. j. 3.
(39) STC Exp. N° 8439-2013-PHC/TC, ff. jj. 24-25.

IV. Las clases de penas previstas en el artículo 28 del Código Penal

Conforme se ha explicado, la pena es el mal que impone el legislador por 29
la comisión de un delito[40]; así, en nuestro ordenamiento jurídico, el legislador ha precisado en el artículo 28 del Código Penal vigente que las penas aplicables son la pena privativa de libertad, las penas restrictivas de libertad, las penas limitativas de derechos y la pena de multa. De lo regulado por el artículo 28, las penas pueden clasificarse en función de su naturaleza y en función de su autonomía.

Atendiendo a su naturaleza y su función[41], las penas pueden ser clasi- 30
ficadas en pena de muerte, penas corporales o aflictivas, penas privativas de libertad, penas pecuniarias, penas impeditivas o privativas, o penas humillantes[42]. Sin embargo, nuestra legislación solo contempla las penas privativas y restrictivas de libertad, limitativas de derechos y pecuniarias (multa). Las penas previstas en el artículo 28 del Código Penal son las únicas penas que se encuentran vigentes y son aplicables en nuestro ordenamiento jurídico. Así, quedan proscritas como sanción penal la pena de muerte, así como las penas que causen aflicción corporal, o aquellas humillantes o degradantes.

Sin embargo, la Constitución Política del Perú –en su artículo 140– prevé 31
la pena de muerte, pues a la letra dice: "La pena de muerte solo puede aplicarse por el delito de traición a la Patria en caso de guerra, y el de terrorismo, conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada". En ese sentido, la pena de muerte se halla sujeta a los tratados suscritos y aprobados por el Perú, como la Convención Americana de Derechos Humanos, lo que constituye un obstáculo para su implementación en los delitos comunes o funcionales. Esto guarda relación con los fines de la pena reconocidos por el Tribunal Constitucional, para quien la pena de muerte carece de efecto preventivo especial, porque no posee función resocializadora y, en consecuencia, no tiene finalidad social. En pocas palabras, la pena de muerte contraviene el artículo 139 inciso 22 de la Constitución, el cual establece que: "(...) el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad", quedando claro que en la pena de muerte, este objeto no puede cumplirse.

(40) Muñoz Conde, F., *Introducción al Derecho. Op. Cit.*, pp. 69-70.
(41) Se entiende que la pena es un mal consistente en la pérdida de bienes como retribución por haber violado el deber de no cometer un delito., cfr., Núñez, R., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 277.
(42) *Vide in extenso*, Núñez, R., *Manual de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 282 ss.

32 En consecuencia, cuando un sujeto trasgrede la norma y comete un delito previsto en el Código Penal o en las leyes especiales, solo puede ser sancionado con las siguientes penas.

1. Privativa de libertad

33 Las penas privativas de libertad son aquellas que causan la privación de la libertad ambulatoria mediante el encierro (reclusión, prisión, arresto, etc.)[43], y que tienen su desarrollo en el artículo 29 del Código Penal. Su duración se extiende desde dos días hasta un plazo máximo de treinta y cinco años.

2. Restrictivas de libertad

34 Son aquellas penas que restringen los derechos de libre tránsito y permanencia en el territorio nacional de los condenados. Previstas en el artículo 30 del Código Penal, distinguen dos modalidades: la pena de expatriación, que es aplicable a los nacionales (acción de sacar a la fuerza a un natural del territorio de su propio país); y la pena de expulsión del país, que recae únicamente en los extranjeros (acción de hacer salir por la fuerza a un no nacional del territorio patrio)[44]. Ambas penas se ejecutan luego de que el condenado haya cumplido la pena privativa de libertad que le fue impuesta en la sentencia. Se trata, por tanto, de penas conjuntas y de cumplimiento sucesivo.

35 La pena de inhabilitación consiste en la privación, suspensión o incapacitación de uno o más derechos políticos, económicos, profesionales y civiles del penado. A través de esta pena se sanciona a quien ha infringido un deber especial propio de su cargo, función, profesión, comercio, industria o relación familiar; o a quien se ha prevalido de su posición de poder de dominio para delinquir[45].

3. Limitativas de derechos

36 Estas sanciones limitan el ejercicio de determinados derechos económicos, políticos y civiles, así como el disfrute total del tiempo libre. Son de tres clases: prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres e inhabilitación, las cuales se encuentran reguladas en los artículos 31 al 40 del Código Penal. Las penas de prestación de servicios a la comunidad, y de limitación de días libres pueden aplicarse como sustitutivas o alternativas de la pena privativa

(43) Buteler, E., "Las penas". *Op. Cit.*, p. 664.
(44) STC Exp. N° 2876-2005-PHC/TC, f. j.16.
(45) Acuerdo Plenario N° 02-2008/CJ-116, f. j. 13, b, tercer párrafo.

de libertad, cuando la sanción sustituida a criterio del juez no sea superior a cuatro años, conforme a lo previsto en el artículo 32 del Código Penal.

4. Multa

Es la pena pecuniaria y afecta al patrimonio económico del condenado. La 37
multa implica el pago de una cantidad de dinero que el condenado debe realizar a favor del Estado, por haber sido autor o partícipe de un hecho punible. Es importante distinguir que la multa es una pena de condición patrimonial y no una indemnización para la víctima del delito como lo es la reparación civil, su imposición se encuentra regulada en los artículos 41 al 44 del Código Penal.

La multa se cuantifica a partir de una unidad de referencia abstracta que 38
se conoce como día-multa, en atención a la renta percibida por el condenado diariamente; para cada delito en particular se fija un determinado número de días-multa, el cual será mayor o menor según la gravedad del hecho punible. En todo caso, el mínimo de esta pena es de diez días-multa y el máximo, de 365 días-multa. Conjuntamente con la imposición de esta pena, debe fijarse el porcentaje, el plazo perentorio para el pago y el apercibimiento de conversión en caso de incumplimiento(46).

V. Bibliografía

BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general.* Hammurabi, Buenos Aires, 1999; 39
BACIGALUPO, Enrique, *Principios del Derecho penal. Parte general.* Akal, Madrid, 1988; BONETTO, Luis, "Derecho penal y Constitución". En: LASCANO, Carlos (coordinador), *Derecho penal. Parte general.* Advocatus, Córdova, 2002; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Estado actual de la teoría de la pena. Obras completas. Control social y otros estudios.* Tomo II. ARA, Lima, 2005; BUTELER, Enrique, "Las penas". En: LASCANO, Carlos (coordinador), *Derecho penal. Parte general.* Advocatus, Córdova, 2002; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español. Parte general.* Dykinon, Madrid, 2002; JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos de la teoría de la imputación.* 2ª edición. Marcial Pons, Madrid, 1997; JESCHECK, Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal. Parte general.* 4ª edición. Comares, Granada, 1996; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general.* 8ª edición. Reppertor, Barcelona, 2006; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho.* Bosch, Barcelona, 2001; NÚÑEZ, Ricardo, *Manual de Derecho penal. Parte general.* 4ª edición. Marcos Lerner, Córdova, 1999; ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general.*

(46) Recurso de Nulidad N° 48-2004-Huánuco.

Tomo I. Civitas, Madrid, 1997; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Bosch, Barcelona, 1992.

Jurisprudencia

40 Acuerdo Plenario N° 02-2008/CJ-116.; Constitución Política del Perú; Recurso de Nulidad N° 48-2004-Huánuco; STC N° 0014-2006-PI/TC; STC N° 0003-2005-PI/TC; STC N° 0006-2003-AI/TC; STC N° 0012-2010-PI/TC; STC N° 0019-2005-AI/TC; STC N° 0489-2006-HC/TC; STC N° 0803-2003-HC/TC; STC N° 1429-2002-HC/TC; STC N° 2876-2005-PHC/TC; STC N° 3245-2010-PHC/TC; STC N° 3644-2015-PCH/TC; STC N° 4630-2013-PHC/TC; STC N° 8439-2013-PHC/TC; STC N° 8646-2005-HC/TC.

Sección I
Pena privativa de libertad

§ 29
Pena privativa de libertad

MADELAINE REYES GASTELÚ
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Perú)

Sumario

	Nm	P		Nm	P
I. Antecedente legislativo ...	1	515	III. Naturaleza y duración de la pena privativa de libertad	15	518
II. Naturaleza de la pena	8	516	IV. Bibliografía.....	24	521

§ 29.- Duración de la pena privativa de libertad

"La pena privativa de libertad puede ser temporal o de cadena perpetua. En el primer caso, tendrá una duración mínima de dos días y una máxima de treinta y cinco años".

I. Antecedente legislativo

Cuando se publicó el Código Penal en 1991, el texto original del mismo señalaba: "La pena privativa de libertad tendrá una duración mínima de dos días y una máxima de veinticinco años", siendo este el máximo de la pena que podía imponerse. Sin embargo, el 6 de mayo de 1992, el artículo 21 del Decreto Ley Nº 25475 –que establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio de dichos delitos– modificó el artículo 29 del Código Penal, extendiendo el máximo de la pena privativa de libertad hasta la cadena perpetua. 1

Así, se mantuvo la cadena perpetua como pena máxima a imponerse por los delitos previstos en el Código Penal, hasta que a través del artículo 1 de la Ley Nº 26360 (publicada el 29 setiembre 1994), volvió a establecerse que el límite máximo de la pena privativa de libertad será de 25 años. 2

Posteriormente, de conformidad con la quinta disposición final del Decreto Legislativo N° 895 –norma contra el terrorismo agravado, publicada el 23 mayo de 1998– se estableció que la pena privativa de libertad se presentaba en dos formas: las temporales y la de cadena perpetua. En el caso de la pena privativa de libertad temporal, esta tendría una duración desde dos días hasta treinta y cinco años. 3

4 Cabe precisar que, mediante STC Exp. N° 005-2001-AI-TC, que declaró Fundada en parte la Acción de Inconstitucionalidad interpuesta contra los artículos de los Decretos Legislativos N° 895 y N° 897, y la Ley N° 27235, el 17 de noviembre de 2001, se declaró inconstitucional el Decreto Legislativo N° 895, por la forma, y, complementariamente, se declaró la inconstitucionalidad por el fondo de sus artículos 1, 2, literal a), numeral 6); 6 , incisos b), c) y d), 7, incisos a), b), c), e), f), g), i), primer y tercer párrafo, e inciso j) y 8.

5 Posteriormente, el 2 de diciembre de 2001, la Ley N° 27569 –Ley que establece una Nueva Instrucción y Juzgamiento para quienes fueron Procesados y Sentenciados con Arreglo a los Decretos Legislativos N°s 895 y 897–, a través de su artículo 4, derogó el Decreto Legislativo N° 895.

6 A pesar de encontrarse derogado el Decreto Legislativo N° 895, el 4 de enero de 2003, mediante Sentencia del Tribunal Constitucional N° 010-2002-AI/TC, específicamente en su fundamento jurídico 204, se precisó: "Sobre el particular, el Tribunal Constitucional debe advertir que, en efecto, en la actualidad no existe un plazo máximo de determinación de la pena. Pero, esa inexistencia es solo temporal, pues debe computarse a partir del día siguiente que este mismo Tribunal (Exp. N° 005-2001-AI/TC) declaró inconstitucional el Decreto Legislativo N° 895, cuya quinta disposición final modificó el artículo 29 del Código Penal, que señalaba que tratándose de las penas privativas de libertad temporales, estas se extendían, con carácter general, entre dos días, como mínimo, a 35 años, como máximo. Por tanto, el Tribunal Constitucional considera que la inconstitucionalidad de los preceptos enunciados tiene un carácter temporal, esto es, que se originó a partir del día siguiente en que se publicó la sentencia en mención".

7 Finalmente, el 22 de julio de 2007, a través del Decreto Legislativo N° 982, se modificó el texto normativo al actual, cuyo texto es el mismo que el anterior.

II. Naturaleza de la pena

8 La palabra "pena" procede del latín *poena*, y su significado está enteramente ligado a la idea de castigo y de sufrimiento. Según el diccionario de la Real Academia Española, la pena se define como "castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales a los responsables de un delito o falta"[1]. En el mismo sentido, el *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual* define a la

(1) Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*. 22ª edición, p. 1719.

pena como: "sanción, previamente fijada por la ley, para quien comete un delito o falta, también especificados"[2]. En ese sentido, la pena se puede definir como la privación o restricción de bienes jurídicos, impuesta conforme a la ley por órganos jurisdiccionales, al culpable de una infracción penal[3]; es decir, la supresión o coartación de un derecho personal que el Estado impone por medio de su rama jurisdiccional al sujeto imputable que ha sido declarado responsable de un hecho punible[4]. Aun cuando la imposición de la pena se ha justificado en la necesidad de la misma, de modo tal que la aflicción y restricciones causadas por la pena resultan ser útiles o al menos un mal menor, el concepto de pena que se ha desarrollado a lo largo de la historia se encuentra en función de su finalidad.

Así, conforme ya se ha explicado *in extenso*, en el comentario al artículo 9
28 Código Penal, sobre la finalidad de la pena tenemos teorías absolutas y teorías relativas.

Las teorías absolutas se encuentran marcadas por la idea de la retribu- 10
ción, donde la pena se agotará en sí misma, tratándose de un mal impuesto a un sujeto por la comisión de un delito. Dentro de ellas tenemos la teoría de la reparación, la teoría de la retribución, representada por KANT, que señala que "la ley penal es el imperativo categórico y la pena, retribución necesaria que se inspira en el concepto de justicia absoluta"[5].

De otro lado, para las teorías relativas, la finalidad de la pena es la utili- 11
dad, pues no se trata de un castigo o de un mal, sino es un instrumento para prevenir determinadas conductas, es decir, el fin no es otro que impedir que el sujeto cause nuevos delitos y, a la vez, disuadir a los demás de la comisión de otros delitos iguales.

En ese sentido, tenemos las teorías de prevención especial que están diri- 12
gidas al autor individual[6], las mismas que se dividen en dos vertientes: la teoría preventivo-especial positiva o resocializadora y la teoría preventivo-especial negativa o inocuizadora. En cuanto a la teoría de la prevención especial positiva, la finalidad de la pena tiene como propósito inmediato disuadir

(2) CABANELLAS, G., *Diccionario enciclopédico de Derecho usual*. Tomo II, p. 182.
(3) CUELLO CALÓN, E., *La moderna penología*, p. 16.
(4) REYES ECHANDÍA, A., *Derecho penal*, p. 245.
(5) KANT, *Principios metafísicos del Derecho*, citado por REYES ECHANDÍA, A., *Derecho penal. Op. Cit.*, p. 248.
(6) ROXIN, C. *Derecho penal. Parte general*, Tomo I, p. 85.

al delincuente de la comisión de ilícitos penales en el futuro[7], mientras que en el momento de su ejecución tiene como finalidad la rehabilitación, reeducación y posterior reinserción del individuo a la sociedad[8]. Desde la perspectiva de la prevención especial negativa, la pena, por su parte, tratará de evitar que el autor exprese su mayor o menor peligrosidad en sus relaciones sociales (inocuización)[9].

13 Mientras tanto, las teorías de prevención general positiva o prevención por integración se basan en la internalización de la norma, según la cual la colectividad reconoce y fomenta la confianza en la norma, lo cual no es otra cosa que el fomento de la fidelidad al derecho y la aceptación de las consecuencias provenientes de la infracción de la norma[10], alentando la aversión contra el injusto y frenando así la predisposición delictiva latente en la colectividad[11].

14 Finalmente, tenemos las teorías mixtas, unificadoras o de la unión, que son determinantes para la jurisprudencia actualmente, y consisten en una combinación de las teorías antes expuestas, considerando como fines de la pena la retribución, la prevención especial y la prevención general, las cuales se persiguen de manera simultánea[12].

III. Naturaleza y duración de la pena privativa de libertad

15 La libertad personal, en cuanto derecho subjetivo, garantiza que no se afecte indebidamente la libertad física de las personas, esto es, su libertad locomotora, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarios. Los alcances de la garantía dispensada a esta libertad son oponibles frente a cualquier supuesto de privación de la libertad locomotora, independientemente de su origen, autoridad o persona que la haya efectuado[13]. Y es que la libertad personal es uno de los valores fundamentales de nuestro Estado Constitucional de Derecho, por cuanto fundamenta diversos derechos constitucionales al mismo tiempo que justifica la propia organización constitucional.

16 La libertad personal solo puede ser restringida por mandato escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en flagrante delito (vid. Art. 2,

(7) STC Exp. N° 0019-2005-AI/TC, del 21 de junio del 2005, fundamento jurídico 31.
(8) Buteler, E., "Las penas". En: Lascano, C. (coordinador), *Derecho penal. Parte general*, p. 656.
(9) Bacigalupo, E., *Derecho penal. Parte general.* p. 35.
(10) Jakobs, G., *Derecho penal. Parte general*, §§15 y 16, pp. 14, 18-19.
(11) Jescheck, H., *Tratado de Derecho penal. Parte general,* p. 60.
(12) Roxin, C., *Derecho penal. Parte general.* Tomo I. *Op. Cit.*, pp. 93-94.
(13) STC Exp. N° 4630-2013-PHC/TC, fundamento jurídico 3.3.1.

inc. 24, lit. f). Sin embargo, para el caso que nos ocupa, nos referiremos a la restricción de la libertad personal por la aplicación y ejecución de una pena privativa de libertad.

Conforme lo señala su nombre, las penas privativas de libertad son aque- 17
llas que causan la privación de la libertad ambulatoria; ello debido a la reclusión en el interior de un establecimiento penitenciario. Así, esta pena implica la pérdida de libertad ambulatoria de un sentenciado mediante su internamiento en un centro carcelario, durante un tiempo determinado previamente por una sentencia judicial y ejecutada conforme a la legislación vigente, de forma que favorezca la resocialización[14].

Así, tenemos que el artículo 29 establece dos clases de penas privativas 18
de libertad: a) la cadena perpetua o pena de por vida, cuya función es la inocuización del delincuente, esto es, su alejamiento de la sociedad; y b) la pena privativa temporal determinada, con funciones de prevención general, prevención especial y/o resocializadora del condenado, con una vigencia de dos días hasta 35 años.

El artículo IX del Título Preliminar del Código Penal, bajo el *nomen iuris* 19
"Fines de la pena y medidas de seguridad", establece que la pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora. Ello en concordancia con lo establecido en nuestra Constitución, que contiene como un principio jurisdiccional el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, principio concordante con la normativa internacional[15]. Esta finalidad guarda relación con la pena privativa temporal, que puede concluir con la reinserción del penado.

Sin embargo, la pena de cadena perpetua tiene una regulación legal intem- 20
poral. No está sujeta a límites en el tiempo, pues si bien tiene un comienzo, carece de un final y, en esa medida, niega la posibilidad de que el penado en algún momento pueda reincorporarse a la sociedad[16]. A juicio del Tribunal Constitucional, y así lo expresó en la STC Exp. N° 0019-2005-PI/TC, el establecimiento de la pena de cadena perpetua no solo resiente al principio constitucional previsto en el artículo 139, inciso 22, de la Constitución Política del Perú, sino que también es contraria a los principios de dignidad de la persona y de la libertad.

(14) Mapelli Caffarena, B. / Terradillos Basoco, J., *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 63.
(15) Artículo 5 inciso 6 del Pacto de San José de Costa Rica: "Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados".
(16) STC Exp. N° 010-2003-PHC/TC.

21 Es contraria al principio de libertad, ya que si bien la imposición de una pena determinada constituye una medida que restringe la libertad personal del condenado, es claro que, en ningún caso, la restricción de los derechos fundamentales puede culminar con la anulación de esa libertad, pues no solamente el legislador está obligado a respetar su contenido esencial, sino, además, constituye uno de los principios sobre los cuales se levanta el Estado Constitucional de Derecho, con independencia del bien jurídico que se haya podido infringir. Por ello, tratándose de la limitación de la libertad individual como consecuencia de la imposición de una sentencia condenatoria, el Tribunal Constitucional considera que esta no puede ser intemporal, sino que debe contener límites temporales[17].

22 Lo cual es congruente con el Estatuto de la Corte Penal intencional (vid. Art. 110 "Examen de una reducción de pena"), que, actualmente, para supuestos análogos, ha previsto la posibilidad de revisar la sentencia y la pena, luego de transcurrido un determinado número de años, pues permitirá contrarrestar los efectos inconstitucionales de no haberse previsto una fecha de culminación con la pena de cadena perpetua[18]. En la misma línea, se debe tener presente que, detrás de las exigencias de reeducación, rehabilitación y reincorporación como fines del régimen penitenciario, también se encuentra el respeto al principio de dignidad de la persona (Art. 1 de la Constitución), como fin supremo del Estado y, por tanto, este constituye un límite para el legislador penal. Dicho principio, en su versión negativa, impide que los seres humanos puedan ser tratados como cosas o instrumentos, sea cual fuere el fin que se persiga alcanzar con la imposición de determinadas penas, pues cada ciudadano, incluso los delincuentes, deben considerarse como un fin en sí mismo, por cuanto el hombre es una entidad espiritual moral dotada de autonomía[19].

23 Es por ello que, aun cuando el Código Penal permite la aplicación de la cadena perpetua como sanción penal, el Tribunal Constitucional ha establecido que la pena de cadena perpetua es inconstitucional si no se prevén mecanismos temporales de excarcelación, vía los beneficios penitenciarios u otros que tengan por objeto evitar que se trate de una pena intemporal. Así, en virtud de lo decidido por el Tribunal Constitucional, el Poder Legislativo incluyó en el Código de Ejecución Penal el artículo 59, a través del cual se incluye el

(17) STC Exp. N° 0803-2003-HC/TC, fundamento jurídico 20.
(18) Ibídem, fundamento jurídico 22.
(19) STC Exp. N° 489-2006-HC/TC, fundamento jurídico 9.

procedimiento de revisión de la cadena perpetua, al cual se puede acceder al momento de cumplirse 35 años de pena privativa de libertad[20].

IV. Bibliografía

BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general.* Hammurabi, Buenos Aires, 1999; BUTELER, Enrique. "Las penas". En: LASCANO, Carlos (coordinador), *Derecho penal. Parte general.* Advocatus, Córdova, 2002; CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario enciclopédico de Derecho usual.* Tomo II. 21ª edición. Heliasta, Buenos Aires, 1989; CUELLO CALÓN, Eugenio, *La moderna penología*, Bosch, Barcelona, 1973; JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos de la teoría de la imputación.* 2ª edición. Marcial Pons, Madrid, 1997; JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal. Parte general.* 4ª edición. Comares, Granada, 1996; MAPELLI CAFFARENA, Borja / TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Las consecuencias jurídicas del delito.* Civitas, Madrid, 1994; REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española.* 22ª edición. Espasa, Madrid, 2001; REYES ECHANDÍA, Alfonso, *Derecho penal.* Temis, Bogotá, 1996; ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general.* Tomo I. Civitas, Madrid, 1997.

24

(20) Antes de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 921, el Tribunal Constitucional a través de sus SSTC Exps. N°s 0003-2005-PI/TC y 0019-2005-PI/TC estableció en 30 años el plazo para la revisión de la cadena perpetua, a falta de una norma específica que regule dicho procedimiento.

§ 29-A
Pena de vigilancia electrónica

DIANA MILLA VÁSQUEZ
Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú)

Sumario

	Nm	P
I. Introducción	1	524
II. Concepto de vigilancia electrónica personal	3	524
III. La vigilancia electrónica personal en el marco normativo peruano	9	526
1. Marco normativo peruano y el plan piloto	9	526
2. Finalidad	17	528
3. Naturaleza jurídica	22	529
4. Requisitos	27	530
5. Supuestos de improcedencia. Exclusiones	38	533
6. Modalidades	44	535
6.1. Vigilancia electrónica personal con restricción al perímetro del domicilio	45	536
6.2. Vigilancia electrónica personal con tránsito restringido	46	536
7. Procedimiento para la aplicación de la VEP	48	536
7.1. Respecto de los procesados	49	536
7.2. Respecto de los condenados	55	537
8. Revocatoria	60	538
IV. Bibliografía	64	539

§ 29-A.- Cumplimiento de la pena de vigilancia electrónica personal

"La pena de vigilancia electrónica personal se cumplirá de la siguiente forma:

1. La ejecución se realizará en el domicilio o lugar que señale el condenado, a partir del cual se determinará su radio de acción, itinerario de desplazamiento y tránsito.

2. El condenado estará sujeto a vigilancia electrónica personal para cuyo cumplimiento el juez fijará las reglas de conducta que prevé la ley, así como todas aquellas reglas que considere necesarias a fin de asegurar la idoneidad del mecanismo de control.

3. El cómputo de la aplicación de la vigilancia electrónica personal será a razón de un día de privación de libertad por un día de vigilancia electrónica personal.

4. El condenado que no haya sido anteriormente sujeto de sentencia condenatoria por delito doloso podrá acceder a la pena de vigilancia electrónica personal. Se dará prioridad a:

a) Los mayores de 65 años.

b) Los que sufran de enfermedad grave, acreditada con pericia médico legal.

c) Los que adolezcan de discapacidad física permanente que afecte sensiblemente su capacidad de desplazamiento.

d) Las mujeres gestantes dentro del tercer trimestre del proceso de gestación. Igual tratamiento tendrán durante los doce meses siguientes a la fecha del nacimiento.

e) La madre que sea cabeza de familia con hijo menor o con hijo o cónyuge que sufra de discapacidad permanente, siempre y cuando haya estado bajo su cuidado. En ausencia de ella, el padre que se encuentre en las mismas circunstancias tendrá el mismo tratamiento.

5. El condenado deberá previamente acreditar las condiciones de su vida personal, laboral, familiar o social con un informe social y psicológico".

I. Introducción

1 "La prisión es un mal necesario"[1], con estos términos sentenció el máximo referente del Derecho penitenciario español, el profesor Carlos García Valdés, en la exposición de motivos de la Ley Orgánica General Penitenciaria española de 1979, del 26 de septiembre, para evidenciar que no se había descubierto a fines del siglo XX otro medio alternativo que no pase por el uso de la pena privativa de libertad; sin embargo, gracias a la incursión de la tecnología en el Derecho penal, actualmente, ya podemos hablar sobre medidas alternativas a la pena de prisión, entre ellas, la vigilancia electrónica personal.

2 Frente a una infeliz coyuntura (hacinamiento crítico, casi 90 500 privados de libertad a noviembre de 2018, infraestructura obsoleta, exiguo presupuesto, carencia de personal penitenciario, corrupción enquistada, etc.)[2] y tras una evaluación del contingente de internos, se pudo vislumbrar que cierto colectivo ingresa a prisión para cumplir penas cortas, por delitos de escasa entidad, como los de omisión a la asistencia familiar o conducción en estado de ebriedad, lo que llevó a repensar al legislador peruano si sería más cómodo, beneficioso y barato para las arcas del Estado, y de la mano del uso de las nuevas tecnologías, la introducción de las "penas" de vigilancia electrónica personal.

II. Concepto de vigilancia electrónica personal

3 La doctrina española no ha sido unánime en cuanto a la terminología utilizada para referirse a este sistema de control. En la doctrina se le ha denominado

(1) *Vide* García Valdés, C., *Comentarios a la legislación penitenciaria*, p. 19, quien confirma en sus comentarios tal expresión introducida en la "Exposición de motivos" del Proyecto de Ley General Penitenciaria de 1978 (*Boletín Oficial de las Cortes* N° 148, de 15 de septiembre de 1978), que después ya se convertiría en ley, tal como se advierte en el texto de este trabajo. Con similares términos, su más destacado discípulo, mi maestro Enrique Sanz Delgado, también se ha referido al respecto. *Vide* Sanz Delgado, E., *Las prisiones privadas: la participación privada en la ejecución penitenciaria*, p. 22.

(2) En este contexto, se cuestiona si efectivamente tal pena privativa de libertad viene cumpliendo el fin resocializador que se pregona desde nuestra norma suprema y que se irradia hacia toda "la enciclopedia de las ciencias penales", frase de la que hablaba Jiménez de Asúa en su exponencial obra. Cfr. Jiménez de Asúa, L., *Tratado de Derecho penal*. Tomo I, pp. 91-92.

control electrónico, vigilancia electrónica, monitores electrónicos, cadena electrónica, cárcel electrónica o localización telemática[3]. Los textos legales refuerzan la idea de "control electrónico", tales como la Circular 2/2004, del 22 de diciembre, sobre la aplicación de la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 15/2003; y medios electrónicos según el artículo 48 del Código Penal español.

Pareciera que estos *nomen iuris* atribuidos a estos medios de control no 4
revisten de mayor importancia; empero, tales expresiones envían un mensaje que guarda relación con la esencia propia de su denominación, de las que se pueden desprender actuaciones positivas o negativas respecto del destinatario.

En efecto, desde otro cariz, no le falta razón a la profesora de la Universi- 5
dad Carlos III de Madrid, quien prefiere la expresión localización telemática frente a la denominación vigilancia electrónica que se introdujo en el Perú, España y en otros ordenamientos jurídicos. Su fundamento lo podemos advertir con los siguientes términos: "el término vigilancia presenta una acepción con connotaciones peyorativas como es el control continuado y de todos los aspectos de la vida de una persona con atención exacta, mientras que localización consiste en averiguar el lugar en que se halla una persona, fijar límites determinados, no acogiendo la anterior dimensión de control totalitario"[4]. Asimismo, "prefiere el adjetivo telemática, como sistema de control a distancia, a electrónica, término más genérico relativo al electrón, dentro del cual se incluye la telemática"[5]. Por su parte, los textos legales españoles señalan los términos dispositivos telemáticos (según el artículo 86.4 del Reglamento penitenciario) o medios telemáticos (Decreto 515/2005, de 6 de mayo, por el que se establecen las circunstancias de localización permanente; y con el mismo término, la Instrucción 13/2005, sobre el procedimiento de ejecución de la pena de localización permanente).

En el ordenamiento peruano se ha optado por el *nomen iuris* vigilan- 6
cia electrónica personal. Y con relación a su concepto, según el artículo 3.1. del Decreto Legislativo N° 1322, Decreto Legislativo que regula la vigilancia electrónica personal y establece medidas para la implementación del plan piloto (en adelante, D. Leg. 1322), publicado el 6 de enero de 2017 en el diario oficial *El Peruano*, la vigilancia electrónica personal (en adelante, VEP) es un mecanismo de control que tiene por finalidad monitorear el tránsito (tanto

(3) Cfr. Otero González, P., *Control telemático de penados. Análisis jurídico, económico y social*, p. 5, nota 1.
(4) Ídem.
(5) Ídem.

de procesados como de condenados) dentro de un radio de acción y desplazamiento, teniendo como punto de referencia el domicilio o lugar señalado por los internos. Tal como se vislumbra, el legislador peruano optó por un concepto de vigilancia o control total sobre la persona que decide voluntariamente portar estos medios electrónicos.

7 Sin lugar a género de dudas, el término o expresión vigilancia denota un control total o poder sobre una persona o cosa, lo que nos remonta al Proyecto Panóptico del que hablaba el filántropo inglés JEREMY BENTHAM[6], a mediados del siglo XVIII, que consistía precisamente en la construcción de una torre central al medio de una prisión, con la finalidad de observar durante todo el día los movimientos de los reclusos, vulnerando con ello una serie de derechos fundamentales.

8 De ello se desprende que sería conveniente repensar el término adoptado en la legislación peruana y optar por otro que no denote la vulneración al derecho a la intimidad de quienes voluntariamente han aceptado el uso de los grilletes electrónicos o tobilleras electrónicas.

III. La vigilancia electrónica personal en el marco normativo peruano

1. Marco normativo peruano y el plan piloto

9 La Ley 29499, publicada el 19 de enero de 2010 en el diario oficial *El Peruano*, introduce el artículo 29-A al Código Penal, bajo el rótulo "cumplimiento de la pena vigilancia electrónica personal"; sin embargo, el D. Leg. 1322, señalado *ut supra*, le atribuye una triple naturaleza: a) como alternativa de restricción en las medidas de coerción personal; b) como un tipo de pena aplicable por conversión; y c) como medida de control en el marco del otorgamiento de un beneficio penitenciario de semilibertad o liberación condicional. De allí la necesidad de comentar no solo el artículo 29-A del Código Penal sino también el D. Leg. 1322 y su Reglamento.

10 Entre la norma que introduce la VEP y el DL 1322 se publicaron dos decretos: Decreto Supremo N° 013-2010-JUS, del 14 de agosto de 2010, y el Decreto Supremo N° 002-2015-JUS, del 13 de mayo de 2015, que modificó e incorporó artículos al Reglamento (D.S. N° 013-2010-JUS) para la

(6) *Vide* BENTHAM, J., "El panóptico". En: *Genealogía del poder, passim.*

implementación de la VEP; sin embargo fueron derogados por la única disposición complementaria derogatoria del Decreto Supremo N° 004-2017-JUS, Reglamento del D. Leg. 1322.

Ante la necesidad de establecer flujos de procedimientos para la adecuada y correcta implementación y aplicación de la VEP en el D. Leg. 1322, que va desde la organización de los expedientes hasta la desinstalación de los dispositivos electrónicos, los representantes del sistema de administración de justicia elaboraron Protocolos Específicos de Aplicación, publicados el 11 de julio de 2016; y los Protocolos de Ejecución, publicados el 21 de julio de 2016. Estos protocolos fueron actualizados en sendas mesas de trabajos con los representantes del Poder Judicial, Ministerio Público, Defensa Pública, Policía Nacional del Perú, Ministerio de Justicia e Instituto Nacional Penitenciario, bajo la coordinación de la Secretaría Técnica de la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal, y se publicaron el 21 de julio de 2017 mediante Decreto Supremo N° 016-2017-JUS. 11

Así, se elaboraron 8 protocolos de actuación interinstitucional para la aplicación de la VEP en diferentes estadíos procesales y penitenciarios, tales como: a) en la audiencia de prisión preventiva; b) en la audiencia de cesación de prisión preventiva; c) por conversión de pena en el juicio oral o audiencia de lectura de sentencia; d) por conversión de pena en la terminación anticipada; e) por conversión de pena a través de la conclusión anticipada del juicio oral; f) por conversión de pena en vía de ejecución; g) por beneficio penitenciario; y h) para la revocatoria del mecanismo. 12

Ahora bien, se advierte que desde la publicación de la Ley N° 29499 en el 2010 hasta la colocación del primer dispositivo electrónico el 21 de julio de 2017, han transcurrido siete años largos años. Esta parsimoniosa introducción atendió, entre otros factores, a la falta de confianza en el uso de las nuevas tecnologías, las reformas normativas y protocolares para superar las vallas burocráticas, la voluntad política, la definición de los términos del contrato entre el Estado y la empresa ganadora de la licitación, etc. 13

Por ello, se estableció una implementación progresiva que vaya por fases, iniciándose con un plan piloto, tal como se indicó en la primera disposición complementaria final del D. Leg. 1322: "el calendario oficial inicia con un plan piloto en un distrito judicial ubicado en el Departamento de Lima (...) que reúna las condiciones técnicas de viabilidad para su adecuada implementación (...)". Asimismo, la fecha de inicio del Plan Piloto estuvo determinada por el artículo 4 del Decreto Supremo N° 004-2017-JUS, cuando establece 14

que "la entrada en vigencia de la implementación del Plan Piloto se encuentra condicionada a la conclusión del proceso de implementación de todos los mecanismos logísticos y tecnológicos para la eficaz aplicación de la vigilancia electrónica personal (...)".

15 Una vez superada dicha implementación, se inició el plan piloto el 21 de julio de 2017 con la colocación del primer dispositivo electrónico a una interna del establecimiento penitenciario Chorrillos Comunes, quien había estado privada de su libertad por el delito de estafa con una pena de 6 años. Hasta ahora se han concedido 19 solicitudes de VEP; sin embargo, solo 17 beneficiarios vienen siendo monitoreados porque un beneficiario cumplió su condena y a otro (procesado) se le colocó pena efectiva.

16 Este tiempo sirvió para advertir y sortear diversos obstáculos que se vinieron presentando en el piloto, tales como la reticencia de los magistrados para conceder este tipo de medidas, retardo para señalar fecha de audiencia, obtención de las copias certificadas de las sentencias y de los antecedentes judiciales y penales, insolvencia económica de los potenciales beneficiarios, etc. Para revertir estos escollos, se publicó el 15 de mayo de 2018 en el diario oficial *El Peruano*, el Decreto Supremo N° 006-2018-JUS, mediante el cual se aprueba el calendario oficial de implementación progresiva de la VEP en los distritos judiciales de Lima Norte, Lima Sur, Lima Este, Callao y Ventanilla, se establece la gratuidad de los antecedentes penales y judiciales, se señala como requisito la copia simple de la sentencia y se enfatiza el cumplimiento de los plazos para señalar fecha de audiencia.

2. Finalidad

17 Como es sabido, la sobrepoblación o hacinamiento crítico[7] en el Perú ha generado un círculo vicioso que se ha desencadenado en la propalación de enfermedades, tales como TBC y VIH, corrupción, exiguo presupuesto; aunado a ello, se advierte que la infraestructura de los establecimientos penitenciarios es obsoleta y/o deficiente, no se cuenta con personal penitenciario suficiente y capacitado, no se ofrecen programas de tratamiento individualizado y un largo etcétera pendiente de atender. Vivir bajo estas condiciones infrahumanas es desconocer el fin supremo establecido por nuestra Carta Magna, esto es, la dignidad de la persona y sus derechos fundamentales.

(7) El término hacinamiento crítico ha sido añadido por el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la prevención del delito y el tratamiento del delincuente.

Debido a este panorama y al crecimiento exponencial de la población penitenciaria año tras año, se declaró en emergencia el sistema penitenciario nacional con la finalidad de ir superando los flagelos enquistados de larga data. En consecuencia, se publicaron dos decretos legislativos marcos: a) Decreto Legislativo N° 1325, que declara en emergencia y dicta medidas para la reestructuración del Sistema Penitenciario Nacional y el Instituto Nacional Penitenciario; y el b) Decreto Legislativo N° 1328, que fortalece el Sistema Penitenciario Nacional y el Instituto Nacional Penitenciario, ambos publicados el 6 de enero de 2017 en el diario oficial *El Peruano*. 18

Estos decretos constituyen la columna vertebral de la reforma penitenciaria peruana porque buscan reducir los altos índices de hacinamiento y fortalecer las bases que sustentan el sistema penitenciario nacional: el tratamiento a través de su programa Cárceles Productivas, seguridad penitenciaria, salud, personal penitenciario e infraestructura penitenciaria, entre otros. 19

En este contexto, surgen dos medidas alternativas a la pena privativa de libertad: la VEP y la conversión de la pena en ejecución. Nos centraremos en la primera, por ser objeto de nuestros comentarios. 20

La finalidad del sistema de VEP, introducida en el D. Leg. 1322, consiste justamente en contribuir con la disminución de los niveles de hacinamiento en los 69 establecimientos penitenciarios del país, reduciendo los costos de medidas penales como el internamiento y efectivizando las medidas cautelares o de los beneficios penitenciarios como la semilibertad o la liberación condicional y, con ello, reducir la reincidencia. 21

3. Naturaleza jurídica

La VEP nace como un tipo de pena, tal como se advierte en el contenido del artículo 29-A del Código Penal peruano señalado *ut supra*. 22

Empero, el D. Leg. 1322 añade dos posibilidades más en las que se puede otorgar la VEP, esto es, puede concederse como alternativa de restricción en las medidas de coerción personal o en el marco del otorgamiento de un beneficio penitenciario de semilibertad o liberación condicional. 23

En la primera de las fórmulas, como un tipo de pena para los condenados, opera una suerte de conversión, es decir, se convierte una pena de prisión por una pena virtual, siempre y cuando se reúnan los requisitos establecidos en el citado decreto y si el juez lo considera pertinente. 24

25 Asimismo, la norma prevé que la VEP se puede conceder como alternativa de restricción en las medidas de coerción personal para los procesados (prisión preventiva o cesación de la misma), esto es, en lugar de una prisión preventiva (antes o después de un proceso) se puede otorgar una medida de comparecencia simple o con restricciones (con el uso de los dispositivos electrónicos) si es que las partes previamente lo acuerdan y el juez decide finalmente su concesión (Arts. 272, 283 y 288 inc. 5 del D. Leg. N° 957). No obstante, se cuestiona la alternancia de una prisión preventiva por la VEP, pues, si los presupuestos que fundamentan la prisión preventiva desaparecen, no tendría razón de ser que una persona se encuentre sujeta a controles, afirmar lo contrario significaría desconocer la naturaleza jurídica de las medidas de coerción personal. En todo caso, creemos que ante el uso irracional de la prisión preventiva por parte de los operadores de justicia, el legislador dispuso en su lugar la posibilidad de acceder a la VEP.

26 Por último, la norma establece un tercer supuesto, la concesión de la VEP conjuntamente con un beneficio penitenciario de semilibertad o liberación condicional. También se cuestiona este supuesto, por cuanto acceder a cualesquiera de estos beneficios supone el cambio de ejecución de la pena en condiciones parecidas a la vida en libertad, quedando sujetos únicamente a reglas de conducta establecidas por el magistrado; en consecuencia, someterse a una mayor vigilancia con el uso de los dispositivos electrónicos significaría desconocer el desarrollo de la autodisciplina a la que arribaron los solicitantes. Al igual que el supuesto anterior, creemos que la creación de este supuesto tuvo como objetivo incrementar la confianza de los magistrados a la hora de conceder estos instrumentos normativos, pues en un 95 % son denegados en razón del grado de peligrosidad del agente y la posible reincidencia de los solicitantes.

4. Requisitos

27 El reglamento del D. Leg. N° 1322 establece la concurrencia de tres presupuestos para acceder a este mecanismo: a) presupuestos técnicos; b) presupuestos jurídicos; y c) presupuestos económicos.

28 Respecto a los presupuestos técnicos, bien ha dispuesto el legislador como requisito la disponibilidad de los dispositivos electrónicos por parte del Estado, con la finalidad de evitar que los potenciales beneficiarios no se queden sin acceder a la VEP, como ocurrió por ejemplo, en Colombia. Llegó un momento en el que los jueces colombianos emitían resoluciones favorables, pero no había disponibilidad de brazaletes electrónicos. Asimismo, el citado Reglamento

señala que es indispensable contar con un informe positivo de verificación técnica del domicilio donde se va a cumplir la medida así como del lugar de trabajo o de cualquier otro lugar donde el beneficiario se vaya a desplazar. En dicho informe se señalará si estos lugares cuentan con las condiciones técnicas mínimas que permitan realizar el monitoreo de los beneficiarios.

Con relación a los presupuestos jurídicos, los solicitantes deben reunir los 29
requisitos establecidos en el artículo 5 del D. Leg. N° 1322, así como otros, que a continuación se pasa a detallar.

a) Copia simple de la sentencia, si bien no constituye una exigencia, se ha 30
convertido en una praxis el acompañamiento de las copias certificadas de la sentencia a la solicitud pese a la dificultad para su obtención; por ello, a través del Decreto Supremo N° 006-2018-JUS, señalado *ut supra*, bastará con que se adjunte la copia simple de la sentencia, trasladando de esta forma la verificación de la misma al juez que evaluará su concesión.

b) Respecto de los procesados, cuando la imputación se refiera a la pre- 31
sunta comisión de delitos sancionados con una pena no mayor a 8 años; y con relación a los condenados que tengan impuesta una sentencia condenatoria de pena privativa de la libertad efectiva no mayor a 8 años.

c) Documentos que acrediten el domicilio o lugar señalado en el cual se 32
cumplirá la medida, tales como recibos de servicios públicos, constancia de posesión expedida por la municipalidad o notaría, boletas de autoavalúo que acrediten que el inmueble se encuentra a nombre del solicitante o de un familiar directo, título de propiedad, contrato de alquiler, constancia o verificación policial domiciliaria[8].

d) Respecto de los que se encuentran en libertad: documentos que acre- 33
diten la condiciones de vida personal, laboral, familiar o social del procesado o condenado, tales como DNI, pasaporte, carné de extranjería, certificados y constancias de estudios, títulos técnicos o profesionales, certificados médicos, certificados laborales, contratos de trabajo, boletas de pago, declaración jurada de ingresos, DNI de los hijos, partida de matrimonio, certificado de convivencia, certificados de salud de los hijos y/o padres, certificados de estudio de los hijos, documentos que puedan acreditar su comportamiento en la

(8) *Vide* Protocolos de Actuación Interinstitucional para la aplicación de la vigilancia electrónica personal (Decreto Supremo N° 016-2017-JUS, publicado el 21 de julio de 2017).

comunidad. Y en el caso de los internos, informes sociales o psicológicos emitidos por el personal penitenciario[9].

34 e) Antecedentes judiciales y penales, los mismos que se expedirán de manera gratuita según el Decreto Supremo N° 006-2018-JUS.

35 f) Documentos que acrediten estar inmerso en algunas de las prioridades establecidas en el artículo 5.2.: a) personas mayores de 65 años (DNI y/o copia de la partida de nacimiento u otro análogo); b) personas que tengan enfermedad grave (informe médico emitido por un centro de salud autorizado y/o pericia médico legal, a cargo de una institución competente); c) personas que tengan discapacidad física permanente que afecte sensiblemente su capacidad de desplazamiento (certificación médica emitida por el ente competente, Ley N° 29973 - Ley General de la persona con discapacidad y/o carné de registro Conadis; d) mujeres gestantes (certificación médica correspondiente emitida por un centro de salud autorizado); e) mujeres con hijos menores a 3 años (DNI y/o partida de nacimiento del menor); y f) padre o madre que sea cabeza de familia (DNI y/o partida de nacimiento del menor, partida de matrimonio o certificación médica correspondiente emitida por el ente competente, de acuerdo con la Ley N° 29973-Ley General de la persona con discapacidad y/o carné de registro Conadis; así como un informe social emitido por la Dirección General de la Defensa Pública y Acceso a la Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; asimismo, los documentos que permitan acreditar que tiene bajo su cuidado a sus hijos menores [boletas de pago de los centros de estudios, salud, entre otros])[10].

36 g) Contar con número de celular y/o teléfono fijo, si bien no es un requisito señalado en la norma; empero, es indispensable que los beneficiarios cuenten con un teléfono celular para que el personal penitenciario permanezca en contacto con ellos.

37 Y, por último, con relación a los presupuestos económicos, el Reglamento señala que el beneficiario asumirá, según sus condiciones socioeconómicas, los costos del servicio de VEP, salvo que por orden judicial sea exonerado total o parcialmente de dicho pago. Condicionar el acceso a la VEP constituye un trato discriminatorio respecto de aquellos condenados o procesados que no cuentan con la solvencia económica suficiente para afrontar un pago mensual de 774 soles. El Estado debiera repensar la posibilidad de asumir la totalidad de los costos del servicio de VEP, más aún si en el Derecho comparado se puede advertir que el Estado asume los costos correspondientes por dicho servicio.

(9) Ídem.
(10) Ídem.

5. Supuestos de improcedencia. Exclusiones

38 En la misma senda de restricción de acceso a los beneficios penitenciarios, lamentablemente el legislador penitenciario ha creído conveniente restringir el acceso a la VEP para determinados delitos considerados de grave amenaza para la seguridad ciudadana. Así, de conformidad con el numeral 5.1. del artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1322 no podrán acceder a la VEP:

39 a) Los procesados y condenados por los delitos tipificados en los siguientes artículos del Código Penal: 107 (Parricidio), 108 (Homicidio calificado), 108 A ("Homicidio calificado por la condición oficial de la víctima"), 108-B (Feminicidio), 108 C (Sicariato), 108-D (La conspiración y el ofrecimiento para el delito de sicariato), 121 (Lesiones graves), 121-B (Lesiones graves por violencia contra la mujer y su entorno familiar), 152 (Secuestro), 153 (Trata de personas), 153-A (Formas agravadas de Trata de personas), 170 (Violación sexual), 171 (Violación de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir), 172 (Violación de persona en incapacidad de resistencia), 173 (Violación sexual de menor de edad), 173-A (Violación sexual de menor de edad seguida de muerte o lesión grave), 174 (Violación de persona bajo autoridad o vigilancia), 176 A (Actos contra el pudor en menores de edad), 177 (Formas agravadas de violación sexual), 200 (Extorsión), 279 (Fabricación, suministro o tenencia de materiales peligrosos y residuos peligrosos), 279-A (Producción, desarrollo y comercialización ilegal de armas químicas), 279-B (Sustracción o arrebato de armas de fuego), 279-F (Uso de armas en estado de ebriedad o drogadicción), 296 (Promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de Drogas y otros), 296-A (Comercialización y cultivo de amapola y marihuana), 296 B (Tráfico ilícito de insumos químicos y productos fiscalizados), 296-C (Penalización de la resiembra), 297 ("Formas agravadas [de penalización de la resiembra]"), 307 (Tráfico ilegal de residuos peligrosos), 317 (Organización criminal), 317 A (Marcaje o reglaje), 317-B (Banda criminal), 319 (Genocidio), 320 (Desaparición forzada), 321 (Tortura), 325 (Atentado contra la integridad nacional), 326 (Participación en grupo armado dirigido por extranjero), 327 (Destrucción o alteración de hitos fronterizos), 328 ("Formas agravadas [de destrucción o alteración de hitos fronterizos]"), 329 (Inteligencia desleal con Estado extranjero), 330 (Revelación de secretos nacionales), 331 (Espionaje), 331-A ([Revelación, reproducción, exhibición, difusión de información y/o actividades secretas]), 332 (Favorecimiento bélico a Estado extranjero –Favorecimiento agravado), 333 (Provocación pública a la desobediencia militar), 382 (Concusión), 383 (Cobro indebido), 384 (Colusión simple y agravada), 387 (Peculado), 389 (Malversación), 393 (Cohecho pasivo propio), 393 A (Soborno internacional

pasivo), 394 (Cohecho pasivo impropio), 395 (Cohecho pasivo específico), 396 (Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales), 397 (Cohecho activo genérico), 397-A (Cohecho activo transnacional), 398 (Cohecho activo específico), 399 (Negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo), 400 (Tráfico de influencias) y 401 (Enriquecimiento ilícito).

40 b) Los procesados y condenados por los delitos cometidos como miembro o integrante de una organización criminal o como persona vinculada o que actúa por encargo de ella, conforme a los alcances de la Ley N° 30077 y sus modificatorias, así como por los delitos tipificados en el Decreto Ley N° 25475 (delitos de terrorismo) y sus modificatorias.

41 c) Procesados y condenados que tengan la condición de reincidentes o habituales o cuando su internamiento sea consecuencia de la revocatoria previa de alguna pena alternativa a la privativa de libertad, beneficio penitenciario, reserva de fallo condenatorio, suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad o conversión de penas en ejecución de condena. Este supuesto debería ser evaluado debido a los 2500 internos por delitos de omisión a la asistencia familiar y conducción en estado de ebriedad, a nivel nacional, quienes en su mayoría no pueden acceder a la VEP porque sus penas han sido revocadas.

42 Antes de terminar este apartado, cabe mencionar que se ha presentado un cuestionamiento sobre la posible restricción legal del delito de tenencia ilegal de armas a raíz del traslado del contenido del tipo penal a otro artículo. El delito de tenencia ilegal de armas contenido en el tipo penal del artículo 279[11] fue traslado al artículo 279-G[12] en octubre de 2016 mediante el Decreto Legisla-

(11) El vigente artículo 279 señala lo siguiente: "El que, sin estar debidamente autorizado, fabrica, ensambla, modifica, almacena, suministra, comercializa, ofrece o tiene en su poder bombas, artefactos o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos o sustancias o materiales destinados para su preparación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años, e inhabilitación conforme al inciso 6 del artículo 36 del Código Penal.
Será sancionado con la misma pena el que presta o alquila, los bienes a los que se hacen referencia en el primer párrafo.
El que trafica con bombas, artefactos o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos o sustancias o materiales destinados para su preparación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años, e inhabilitación conforme al inciso 6 del artículo 36 del Código Penal.
El que, sin estar debidamente autorizado, transforma o transporta materiales y residuos peligrosos sólidos, líquidos, gaseosos u otros, que ponga en peligro la vida, salud, patrimonio público o privado y el medio ambiente, será sancionado con la misma pena que el párrafo anterior".

(12) El artículo 279 G prescribe lo siguiente: "El que, sin estar debidamente autorizado, fabrica, ensambla, modifica, almacena, suministra, comercializa, trafica, usa, porta o tiene en su poder, **armas de fuego** de cualquier tipo, municiones, accesorios o materiales destinados para su fabricación o modificación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de diez años, e inhabilitación conforme al inciso 6 del artículo 36 del Código Penal.

tivo N° 1244, Decreto Legislativo que fortalece la lucha contra el crimen organizado y la tenencia ilegal de armas; en consecuencia, quienes fueron sentenciados con anterioridad al D. Leg. N° 1322 por el delito de tenencia ilegal de armas no encuentra ninguna restricción legal para acceder a la vigilancia electrónica personal, toda vez que el espíritu de esta ley es restringir el delito de fabricación, suministro o tenencia de materiales peligrosos y residuos peligrosos contenido en el vigente artículo 279. En todo caso, para una mejor argumentación, la defensa puede plantear la adecuación del tipo penal.

Bajo la misma línea, el Ministerio de Justicia ha emitido un informe con- 43
cluyendo lo siguiente: "De conformidad con el Decreto Legislativo N° 1322, Decreto Legislativo que regula la vigilancia electrónica personal, con las razones político-criminales que motivaron su emisión y que están expresados en la Exposición de Motivos, la vigilancia electrónica personal procedería para el delito de tenencia ilegal de armas tipificado en el artículo 279-G y para el caso de los sentenciados con 8 años de pena privativa de libertad tipificados en el artículo 279, ello en razón a que una modificación de técnica legislativa que provoca el traslado del tipo penal de tenencia ilegal de armas del artículo 279 al artículo 279-G, no debe interferir en la finalidad de las condiciones que favorecen al procesado o sentenciado respecto de la evaluación del procedimiento de vigilancia electrónica personal"[13].

6. Modalidades

El artículo 6 del Reglamento del D. Leg. N° 1322 prevé dos modalida- 44
des: a) dentro del domicilio; y b) con tránsito restringido. El juez que disponga la aplicación de la VEP podrá establecer el radio de acción y desplazamiento del beneficiario, teniendo como punto de referencia el domicilio o lugar donde

Será sancionado con la misma pena el que presta, alquila o facilita, siempre que se evidencie la posibilidad de su uso para fines ilícitos, las armas o bienes a los que se hacen referencia en el primer párrafo. La pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años cuando las armas o bienes, dados en préstamo o alquiler, sean de propiedad del Estado.

En cualquier supuesto, si el agente es miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú o Instituto Nacional Penitenciario la pena será no menor de diez ni mayor de quince años.

El que trafica armas de fuego artesanales o materiales destinados para su fabricación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.

Para todos los supuestos se impondrá la inhabilitación conforme a los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36 del Código Penal, y adicionalmente el inciso 8) si es miembro de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional del Perú y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa" (la negrita es nuestra).

(13) Cfr. Informe Jurídico N° 15-2017-JUS/DGDNCR del 20 de diciembre de 2017 elaborado por la Dirección General de Desarrollo Normativo y Calidad Regulatoria del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

cumplirá la medida. De ser el caso, podrá establecer las rutas, parámetros de desplazamiento, periodo de tiempo y horarios, teniendo como base el informe de verificación técnica emitido por el INPE.

6.1. Vigilancia electrónica personal con restricción al perímetro del domicilio

45 Mediante esta modalidad se configura el servicio de VEP considerando como espacio de libre tránsito el perímetro del domicilio autorizado o lugar señalado, pudiendo restringir ciertas áreas del mismo.

6.2. Vigilancia electrónica personal con tránsito restringido

46 Esta modalidad permite la posibilidad de que el beneficiario realice visitas periódicas a establecimientos de salud, centro de estudios o centros laborales previamente programadas y autorizadas por el juez competente, bajo determinados parámetros, tiempos y horarios.

47 Tras una lectura de la norma reglamentaria se puede vislumbrar un vacío en la misma, es decir, no se menciona la posibilidad de acceder al tránsito restringido si previamente el beneficiario venía cumpliendo esta medida dentro del domicilio. Es totalmente válido que un beneficiario de la VEP dentro del domicilio luego pueda acceder al tránsito restringido con motivo de la obtención de un trabajo o la matrícula en un centro de estudios. Máxime si el acceso a la segunda de las modalidades forma parte del núcleo esencial del sistema progresivo.

7. Procedimiento para la aplicación de la VEP

48 .El procedimiento dependerá de si el solicitante es procesado o condenado. A continuación, se comentará cada uno de los procesos.

7.1. Respecto de los procesados

49 El procedimiento respecto de los procesados para acceder a la VEP es predominantemente judicial.

50 Las partes (procesado y fiscal) acordarán previamente a la programación de la audiencia (48 horas) o dentro de la misma, solicitar la aplicación de la VEP como medida alternativa a la prisión preventiva o cesación de la misma, siempre y cuando se cumplan los presupuestos establecidos en los artículos

272, 283 y 288, inciso 5, del Código Procesal Penal. En ambos casos requiere el consentimiento expreso del potencial beneficiario.

La VEP también se podría aplicar como un tipo de pena por conversión en 51
el juicio oral. Las partes en la audiencia de juicio oral podrían solicitar al juez la aplicación de la VEP por conversión o en todo caso el juez podría convertirla de oficio, debiendo previamente contar con la aceptación del procesado. Asimismo, podrá solicitarse la VEP dentro del proceso especial de terminación anticipada o en la conclusión anticipada del juicio oral, debiendo constar en el acuerdo arribado por las partes. En ambos casos el acuerdo es sometido al control de legalidad por parte del juez competente.

Antes de iniciar la audiencia, es indispensable contar con el informe posi- 52
tivo de verificación técnica expedido por el Instituto Nacional Penitenciario, ya que es el documento necesario para saber si se puede realizar el monitoreo del beneficiario respecto de un radio de acción o desplazamiento. En todo caso, si dicho informe no estuviera listo, el juez puede suspender la audiencia a fin de recabarlo.

Durante la audiencia o en el plazo de 48 horas, el juez decide si concede o 53
no la VEP. Si decide concederla debe emitir la resolución correspondiente indicando las reglas de conducta contenidas en el artículo 9 del D. Leg. N° 1322.

Finalmente, la diligencia de instalación se deberá llevar a cabo en el día o, 54
en su defecto, dentro de las 48 horas. Si el procesado se encuentra interno en un establecimiento penitenciario, debe continuar recluido hasta que se haga efectiva dicha diligencia.

7.2. Respecto de los condenados

Respecto de los condenados, existen dos fases para acceder a la VEP: 55
a) fase administrativa; y b) fase judicial. La fase administrativa estará a cargo del INPE. El Consejo Técnico Penitenciario se encargará de organizar el expediente y reunir los requisitos establecidos en la normativa; luego, inicia la fase judicial con la remisión de la solicitud al Poder Judicial.

En este caso, la VEP procede como un tipo de pena por conversión o como 56
mecanismo de monitoreo de los beneficios penitenciarios de semilibertad o liberación condicional, de conformidad con el artículo 29-A del Código Penal, los artículos 50 y 55 del Código de Ejecución Penal, el D. Leg. N° 1322 y su Reglamento, y el Decreto Supremo N° 006-2018-JUS.

57 Cuando se trate de una conversión de pena privativa de libertad en ejecución de condena, la VEP es solicitada por el interno o mediante su abogado defensor al Consejo Técnico Penitenciario, una vez reunidos los requisitos, se remitirá al juez competente para su evaluación. Lo mismo sucede en el caso de la solicitud de un beneficio penitenciario con vigilancia electrónica personal.

58 Cuando se otorgue la VEP en el marco de un beneficio penitenciario de semilibertad o liberación condicional, se aplicará por el tiempo que dure cualquiera de dichos beneficios.

59 Finalmente, la diligencia de instalación se deberá llevar a cabo en el día o, en su defecto, dentro de las 48 horas. Si el condenado se encuentra interno en un establecimiento penitenciario, continúa recluido hasta que se haga efectiva dicha diligencia.

8. Revocatoria

60 A diferencia de la revocatoria automática de los beneficios penitenciarios de semilibertad o liberación condicional, en razón del incumplimiento de una regla de conducta o la comisión de un nuevo delito doloso, la revocatoria de la VEP se decidirá en una audiencia. Ello tiene como finalidad escuchar el motivo que llevó al beneficiario incurrir en alguna de las causales señaladas en la norma.

61 Dicha audiencia se llevará a cabo dentro de las 48 horas de comunicada o conocida alguna de las siguientes causales: a) si durante la ejecución de la misma, el procesado o condenado ha reincidido en la comisión de un nuevo delito doloso; b) se ha dictado prisión preventiva en un proceso distinto; c) ha infringido reiteradamente alguna regla de conducta; d) dañe el dispositivo o servicio de tal manera que impida el monitoreo o control, o e) cuando el INPE haya comunicado una alerta grave o muy grave.

62 Sobre las alertas, el Reglamento del DL 1322 las clasifica en leves, graves o muy graves. La leve se define como la alerta emitida por el dispositivo al centro de Monitoreo que pretende advertir alguna anomalía técnica por factores ajenos al beneficiario. La grave viene a ser la alerta emitida por el dispositivo al centro de Monitoreo advirtiéndose que el beneficiario ha iniciado acciones que atentan contra la continuidad del servicio, entre los que se contemplan violaciones al radio de acción, desplazamiento de horarios y tiempos; y, finalmente, la alerta muy grave es la emitida por el dispositivo al centro de Monitoreo que reporta daños o acontecimientos irreversibles al dispositivo de

vigilancia electrónica o al servicio que no permita el monitoreo y control del beneficiario.

Ante la comunicación de una alerta grave o muy grave, el coordinador del Centro de Monitoreo dará cuenta al comisario del sector para la ubicación y captura del infractor, quien será puesto a disposición del juzgado que le otorgó la medida de VEP. 63

IV. Bibliografía

BENTHAM, Jeremías, "El panóptico". En: *Genealogía del poder.* Ediciones La Piqueta, Madrid, 1979; GARCÍA VALDÉS, Carlos, *Comentarios a la legislación penitenciaria.* 2ª edición. Civitas, Madrid, 1982 (reimpresión 1995); JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal.* Tomo I. 4ª edición. Lerner, Buenos Aires, 1964; OTERO GONZÁLEZ, Pilar, *Control telemático de penados. Análisis jurídico, económico y social.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2008; SANZ DELGADO, Enrique, *Las prisiones privadas: la participación privada en la ejecución penitenciaria.* Edisofer, Madrid, 2000. 64

Sección II
Penas restrictivas de libertad

§ 30
Penas restrictivas de la libertad

ALDO CALCINA HANCCO
Abogado en Derecho penal
(Perú)

Sumario

	Nm	P
I. Generalidades	1	541
II. Origen y evolución de las penas restrictivas de libertad	3	542
III. Concepto y fundamentos de las penas restrictivas de libertad	8	544
IV. Clases de penas restrictivas de libertad	13	546
1. La expatriación	16	547
2. La expulsión	18	548
V. Conclusiones	20	549
VI. Bibliografía	21	549

§ 30.- Pena restrictiva de libertad

"La pena restrictiva de libertad es la expulsión del país y se aplica a extranjeros después de cumplida la pena privativa de libertad o la concesión de un beneficio penitenciario, quedando prohibido su reingreso.

En el caso de expulsión por concesión de beneficios penitenciarios, el Perú mantiene jurisdicción exclusiva sobre la condena impuesta".

I. Generalidades

La pena[1] no es otra cosa sino aquellas sanciones que la propia ley ha esta- 1
blecido a efectos de reprochar a los autores y partícipes de los hechos que se determinan como delito previstos en el Código Penal de la Parte Especial[2]. Nuestro Código Penal ya estableció y asimismo clasificó los tipos o clases de penas en la parte general, las cuales están previstas en el artículo 28: "las penas aplicables de conformidad con este código" a la Parte Especial de acuerdo al tipo de delitos según la naturaleza jurídica del interés jurídico afectado por la

(1) MORILLAS CUEVA, L., *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, p. 15: "A la hora de concretar el concepto de pena se muestra una variada gama de posibilidades de definición provenientes de las diversas alternativas que sobre esta consecuencia jurídica del delito propugna la doctrina, no solo penalista, sino de proyección más general tanto en el ámbito jurídico como en el filosófico".

(2) PRADO SALDARRIAGA, V., *Delitos y penas, una aproximación a la parte especial*, p. 22.

sanción punitivas[3], son las siguientes: a) penas privativas de libertad[4] –las que comprende penas temporales y la pena de cadena perpetua–; b) penas limitativas de derecho[5] –las que comprenden la inhabilitación, prestación de servicio a la comunidad y limitación de días libres–; c) las penas de multa[6]; y d) las penas restrictivas de libertad –las mismas que comprenden la expulsión de los extranjeros–.

2 En la presente contribución como objetivo general en que se enmarca este breve comentario, esto es, intentar abordar y analizar solo este último tipo de pena –restrictiva de la libertad–, la cual será el motivo de desarrollo en el presente comentario al artículo 30 del Código Penal vigente, y no nos gastaremos en desarrollar los cuatro tipos de penas que ha establecido el Código Penal.

II. Origen y evolución de las penas restrictivas de libertad

3 Respecto a los orígenes y la pena restrictiva de libertad, asociados al destierro y la deportación dirigidas a reprochar a autores y partícipes de delitos políticos: "Históricamente esta clase de penas ha sido objeto de numerosas críticas por su utilización para los delincuentes políticos. Se contemplaban entre ellas la pena de destierro, de extrañamiento y de confinamiento"[7]. En esa misma línea, también el Código Penal peruano ha guardado su concordancia con el artículo 325 del Código Penal, atentado contra la seguridad nacional y traición a la patria.

(3) Peña-Cabrera Freyre, A., *Derecho penal. Parte general*, p. 400.

(4) García Cavero, P., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, p. 691: "La pena privativa de libertad consiste en la limitación coactiva de la libertad de movimiento mediante el internamiento en un establecimiento penitenciario". También Bustos Ramírez, J. / Hormazabal Malarée, H., *Lecciones de Derecho penal*. Volumen I, p. 176: "Su humanitarismo radicaba en modificar la situación existente de tormentos, penas de galeras y en general las de carácter corporal. Su utilitarismo en aprovechar para el Estado y para regular para el mercado de trabajo la mano de obra ociosa y marginal. Su resocialización consistía justamente en disciplinar al campesino y al marginal para el trabajo en la fábrica".

(5) García Cavero, P., *Lecciones de Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 693: "Las penas limitativas de derechos constituyen una restricción a otros derechos constitucionalmente reconocidos".

(6) Ibídem, p. 694. La pena de multa es la "privación de una parte del patrimonio del autor de un delito". También Bustos Ramírez, J., / Hormazabal Malarée, H., *Lecciones de Derecho penal*. Volumen I. *Op. Cit.*, p. 189: "La multa es la pena pecuniaria clásica y fundamental. Por su divisibilidad y compatibilidad con la libertad, constituye la pena básica para sustituir la pena privativa de libertad sobre todo con el sistema de días-multa en el Código que por lo menos atenúa los efectos discriminatorios de la multa tradicional".

(7) Bustos Ramírez, J., / Hormazabal Malarée, H., *Lecciones de Derecho penal*. Volumen I. *Op. Cit.*, p. 189.

Por ello, inicialmente esta clase de pena estaba direccionado a sancionar a 4
determinados delitos como el tráfico ilícito de drogas (Art. 297), en concordancia con el (Art. 303 del Código Penal peruano), en donde expresamente indica "el extranjero que haya cumplido la pena privativa de la libertad impuesta o se le haya concedido un beneficio penitenciario será expulsado del país, quedando prohibido su reingreso". También el delito organización criminal previsto en el (Art. 317 CP).

En la legislación comparada muy pocos países mantienen vigente aún la 5
pena restrictiva de libertad, como en el caso de nuestro Código Penal peruano, en palabras de PRADO SALDARRIAGA, algunas legislaciones "han optado por modificar su naturaleza convirtiéndolas en medidas de seguridad o sanciones administrativas". Aún en el Perú, podemos percibir la expulsión de extranjeros que hayan sido penados. Es así que la expulsión de extranjeros en la legislación comparada es conservado en el Código Penal colombiano, la misma que se encuentra previsto en el (Art. 43 y 9), en el Código Penal uruguayo, también se encuentra previsto en los (Arts. 66 y 74), en el Código Penal chileno, se encuentra previsto en los (Arts. 33, 34 y 36), en el Código Penal suizo, se encuentra previsto en el (Art. 55), en el Código Penal cubano, se encuentra previsto en los (Arts. 28, 42 y 46), en el Código Penal costarriqueño, se encuentra prevista en los (Arts. 50 y 22), y también en el Código Penal español derogado, se encuentra previsto en los (Arts. 27 y 30) y, actualmente la expulsión de los extranjeros está regulado como medida de seguridad en el Código Penal español en su (Art. 96,3,6).

Las penas restrictivas de libertad tienen su origen en el derogado código 6
Penal peruano de 1924, exactamente en su (Art. 10), también estaban regulado en el Proyecto del Código Penal peruano de 1991, en su (Art. 28). Finalmente fue regulado en el Código Penal peruano de 1991 en el (Art. 30), tratándose de sanciones penales que restringen el derecho a transitar o residir al extranjero que cumplió la pena privativa de libertad, dentro del territorio nacional, o en otros términos la pena restrictiva de la libertad que estipula este artículo del Código Penal obliga abandonar al extranjero que cumplió su pena a retirarse del territorio de la república. Este artículo ha quedado originariamente prescrito de la siguiente fórmula legal: "Pena restrictiva de la libertad".

Las penas restrictivas de libertad son: 1) Expatriación, tratándose de nacionales; y (1) 2) La expulsión del país, tratándose de extranjeros. Ambas se aplican después de cumplida la pena privativa de libertad. La primera tiene una duración máxima de 10 años. (2)
(1) Confrontar con la cuarta disposición final y transitoria de la constitución de 1993 y el artículo 22, numeral 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (2) Artículo modificado por el artículo 1 de la ley N° 29460, publicada el 27 de noviembre del 2009, cuyo texto es el siguiente:
"La pena restrictiva de libertad es la expulsión del país, tratándose de extranjeros. Se aplica después de cumplida la pena privativa de libertad"(*). (*) Artículo modificado por la segunda disposición complementaria modificada por la Ley N° 30219, publicada el 8 de julio de 2014, cuyo texto es el siguiente:
§ 30.- Pena restrictiva de libertad "La pena restrictiva de libertad es la expulsión del país y se aplica a extranjeros después de cumplida la pena privativa de libertad o la concesión de un beneficio penitenciario, quedando prohibido su reingreso. En el caso de expulsión por concesión de beneficios penitenciarios, el Perú mantiene jurisdicción exclusiva sobre la condena impuesta".

7 Cabe mencionar además que el Anteproyecto de la Comisión Revisora Especial de los años 2008 y 2009, en su artículo 28, suprimieron del catálogo punitivo estas dos clases de modalidades de pena restrictiva de la libertad, lo cual a nuestro criterio es correcto.

III. Concepto y fundamentos de las penas restrictivas de libertad

8 Las penas restrictivas de libertad se encuentran establecidas y previstas en el artículo 30 del Código Penal vigente, tras sufrir varias modificaciones el citado artículo ha quedado con la siguiente fórmula legal: "Pena restrictiva de libertad. "La pena restrictiva de libertad es la expulsión del país y se aplica a extranjeros después de cumplida la pena privativa de libertad o la concesión de un beneficio penitenciario, quedando prohibido su reingreso. En el caso de expulsión por concesión de beneficios penitenciarios, el Perú mantiene jurisdicción exclusiva sobre la condena impuesta". De lo prescrito entendemos que las penas restrictivas de libertad nacen a partir de una sentencia condenatoria y cumplida o tras solicitar el beneficio penitenciario

correspondiente, mas no de una mera denuncia, o abierta la investigación preparatoria o con una acusación o auto de enjuiciamiento[8], sino que debe haberse sentenciado condenatoriamente a una pena privativa de libertad, por ende, debe –existir una orden judicial– que indique la expulsión del territorio nacional de los extranjeros. La pena restrictiva de libertad constituye una limitación a la libertad de tránsito[9] y permanencia en el territorio nacional de los condenados.

Las penas restrictivas de libertad restringen y afectan la libertad de tránsito de los condenados y no la libertad de movimiento[10]. Las penas restrictivas de libertad "son aquellas que, sin privar totalmente al condenado de su libertad de movimiento, le imponen algunas limitaciones. En la actualidad tales penas han caído en un comprensible descrédito, pues sus efectos son muy distintos, desde gravísimos hasta muy leves, según las circunstancias del condenado"[11]. 9

A criterio de PRADO SALDARRIAGA, las penas restrictivas son "penas conjuntas, pero de cumplimento diferido"[12]. Por ende, las penas restrictivas de libertad son aplicables una vez cumplida la pena privativa de libertad o solicitado un beneficio penitenciario. En la medida que estas penas no impliquen una limitación grave a la libertad de movimiento, no se les considera una pena autónoma, sino, más bien, una pena complementaria a la pena privativa de libertad[13]. 10

A criterio de ROJAS VARGAS, "es debatible su naturaleza punitiva, pues no se adecua a ninguno de los fines constitucionales de la pena, pudiendo más bien servir de negación de la función resocializadora, la que habiendo sido eficaz con el extranjero, sin embrago carecería de efectos reintegradores, que es justamente unos de los objetivos de la función especial positiva de la pena. A 11

(8) Jurisprudencia: Expediente N° 6167-2005-PHC/TC, fundamento jurídico 40. Caso Canturias Salaverry: "Como se ha dicho anteriormente, como el fiscal no tiene la facultad de dictar medidas restrictivas de la libertad o derechos conexos, en principio no se configuraría una amenaza cierta de un derecho tutelable por el hábeas corpus. No obstante, es preciso tomar en consideración que si bien la denuncia fiscal no vincula al juez –el mismo que solo abrirá instrucción si considera que de la denuncia fluye indicios suficientes o elementos de juicio que razonablemente revelen la existencia de un delito–, en cambio sí constituye un importante indicativo para que el juez pudiera ser inducido a error sobre la base de una denuncia abiertamente arbitraria, orientada a conseguir que el presunto autor del hecho delictivo sea procesado".

(9) GARCÍA CAVERO, P., *Derecho penal económico. Parte general I*, p. 918.

(10) REYNA ALFARO, L., *Derecho penal. Parte general*, p. 395.

(11) CABO DEL ROSAL, M., / VIVES ANTÓN, T., *Derecho penal. Parte general*, p. 623.

(12) PRADO SALDARRIAGA, V., *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, p. 82.

(13) Ídem, citado por GARCÍA CAVERO, P., *Derecho penal económico. Parte general I. Op. Cit.*, p. 918.

lo que se puede agregar los efectos perniciosos que pueden causar en el caso de extranjeros con vínculos familiares en el país"[14]. Las penas restrictivas de libertad son aquellas que sin privar la libertad del condenado se le imponen algunas limitaciones, aunque de manera evidente trastoca esta clase de pena con los derechos constitucionales y derechos humanos como el derecho a la igualdad y el derecho de residencia previsto en el artículo 2, incisos 2 y 11 de la Constitución Política del Estado y el artículo 13, de la Declaración de los Derechos Humanos; tan es así que la pena de expatriación colisiona contra la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la cual rechaza que se impida a un nacional permanecer en su territorio de origen (Art. 22.5). Esta fue la razón por la cual el Congreso de la República la ha suprimido mediante la Ley N° 29460, de fecha 27 de noviembre del año 2009, en su artículo 1[15].

12 La Exposición de motivos de este último documento justificaba la derogatoria de la pena de expatriación del modo siguiente: "La pena de expatriación, si bien se encuentra contemplada en el Código Penal, deviene en incompatible con instrumentos internacionales en materia de derechos humanos con rango constitucional. Es decir, la pena de expatriación es para el derecho peruano, una pena inconstitucional". A nuestro criterio, esta clase de penas son meras figuras decorativas del Código Penal, deberían ser consideradas como una medida de seguridad y no como un cuadro de penas o, en su efecto, como una sanción administrativa, pero como una clase de pena.

IV. Clases de penas restrictivas de libertad

13 Antes de la modificación del artículo 30 del Código Penal, claramente indicaba la existencia de dos clases de pena restrictiva de libertad, siendo estas la expatriación, aplicable únicamente a los peruanos –nacionales–, y la expulsión del territorio nacional, aplicable solo a los extranjeros. En palabras de Bramont Arias, son aquellas que privar totalmente al condenado de su libertad de movimiento, se le impone algunas limitaciones. Esta restricción puede obrar de dos maneras: o bien privando al reo del derecho a residir temporalmente en su propio país, o bien privando al reo extranjero de residir en nuestro país[16]. La pena restrictiva de libertad se divide en dos modalidades, como ya se indicó líneas más arriba. "Son las que disminuyen apenas el

(14) Rojas Vargas, F., *Código Penal. Parte general: comentarios y jurisprudencia*. Tomo I, p. 575.

(15) Esta decisión legislativa se adoptó con base en dos propuestas: el Proyecto de Ley N° 2102/2007-CR presentado por la Célula Parlamentaria Aprista el 5 de febrero de 2008 y el Proyecto de Ley N° 244972007-CR del Grupo Parlamentario Nacionalista del 27 de mayo de 2008.

(16) Bramont Arias, L. / Bramont-Arias Torres, L., *Código Penal anotado*, p. 205.

ejercicio de un derecho personal, limitando cualquiera de sus manifestaciones; se sufre en libertad, residiendo el penado en un lugar determinado o fuera de un ámbito territorial determinado; v. gr. la expatriación y expulsión (Art. 30, 1 y 2 CP)"[17]. Ambas penas se ejecutan después de que el sentenciado condenatoriamente haya cumplido la pena privativa de libertad. Se trata, por tanto, de penas conjuntas y de cumplimiento diferido.

El propio Tribunal Constitucional peruano ha indicado que "(...) Son aque- 14
llas que surgen de la existencia de un orden judicial de impedimento de salida del territorio nacional, expatriación de nacionales o la expulsión de extranjeros (...)[18]. Originariamente el artículo 30 de Código Penal incluía dos modalidades de penas restrictivas de libertad la pena de expatriación, aplicable a los nacionales, y la pena de expulsión del país, aplicable a los extranjeros. De estas penas solamente la de expatriación tenía un límite de diez años. En cambio, la de expulsión era indeterminada por lo que adquiría la condición material de permanente y definitiva.

Estas dos instituciones como la expatriación de nacionales y la expulsión 15
de extranjeros, suponen la misma esencia de privar o restringir la libertad de tránsito[19], solo serán desarrolladas de manera doctrinaria toda vez que en el diario oficial *El Peruano* se ha publicado, con relación a las penas restrictivas de libertad, la Ley N° 29460 con fecha 27 de noviembre de 2009, norma que en síntesis suprime la pena de "expatriación" y todas aquellas disposiciones que se relacionaban con la aplicabilidad de la misma.

1. La expatriación

La institución de la expatriación es únicamente aplicable a los peruanos 16
–nacionales–, y consiste en la expulsión de un peruano del territorio nacional. "(...) La expatriación de un nacional, (acción de sacar a la fuerza a un natural del territorio de su propio país) procede en los casos de comisión de atentados contra la seguridad nacional, la participación en grupo armado dirigido por un extranjero, la alteración de hitos fronterizos, actos desleales con el país o la traición a la patria (casos previstos explícitamente entre los Arts. 325 y 332 CP). Sobre la materia, este Colegiado reserva pronunciamiento sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de dicha modalidad punitiva"[20].

(17) Peña-Cabrera Freyre, A., *Derecho penal. Parte general.* Tomo II. *Op. Cit.*, p. 401.
(18) Jurisprudencia: Expediente N° 2876-2005-PHC/TC Lima, fundamento jurídico 16 [juris. relev.].
(19) Reyna Alfaro, L., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 396.
(20) Jurisprudencia: Expediente N° 2876-2005-PHC/TC Lima, fundamento jurídico 16 [juris. relev.].

La expatriación aplicada a los nacionales que incurrirían en delitos políticos, y que consistía en privarle (durante diez años) al sujeto que había delinquido fijar su domicilio, luego de cumplir su pena, en el territorio peruano, fue considerada, en el debate previo a su erradicación del catálogo de penas, una pena inconstitucional, tanto por ser doblemente punitiva como por establecer indeseables discriminaciones, además de inhumana[21].

17 La expatriación a los nacionales actualmente ha sido extraída o suprimida del Código Penal, por lo que no es aplicable la pena de expatriación, quedando únicamente como pena restrictiva de la libertad la expulsión de los extranjeros una vez cumplida su condena[22].

2. La expulsión

18 La institución de la expulsión solamente es aplicable a los extranjeros que hayan cometido delitos y estén sentenciados de manera condenatoria y cumplida la pena privativa de la libertad o después de haber solicitado y a la vez haber sido concesionado un beneficio penitenciario, será expulsado, quedando prohibido el reingreso al territorio nacional. La expulsión consiste en expulsar a un reo extranjero del territorio de la República, sin derecho a volver[23]. "(...) La expulsión de un extranjero (acción de hacer salir por la fuerza a un no nacional del territorio patrio) procede como consecuencia de un acto subsecuente del cumplimiento de una condena con pena privativa de la libertad impartida por un tribunal nacional (...)"[24]. Cuello Calón considera que "es una pena o medida de ejecución fácil y económica pero supone un trato desigual no solo porque se impone de modo exclusivo a extranjeros, sino también porque entre estos sus efectos son muy diferentes según se trate de un extranjero desarraigado o de un extranjero ligado al país por lazos de familia o de intereses"[25].

19 La pena de expulsión, a nuestro criterio, vulnera el principio de igualdad por ser eminentemente discriminatorio porque la base de la sanción no está justificada en los hechos, sino en la mera condición de ser extranjero, pese a advertir ello, los legisladores han optado por seguir manteniendo esta única modalidad de pena restrictiva de libertad, como se ha indicado líneas más arriba

(21) Rojas Vargas, F., *Código Penal. Parte general: comentarios y jurisprudencia*. Tomo I. *Op. Cit.*, p. 574.
(22) Ídem.
(23) Bramont Arias, L. / Bramont-Arias Torres, L., *Código Penal anotado. Op. Cit.*, p. 205.
(24) Jurisprudencia: Expediente N° 2876-2005-PHC/TC Lima, fundamento jurídico 16 [juris. relev.].
(25) Cuello Calón, E., "Derecho penal. Parte general". Vol. I. En: *Revis. César Camargo Hernández*, pp. 830-831.

esta es una modalidad de pena conjunta de ejecución diferida. "La pena de expulsión del extranjero del país, más que una pena resulta una acción administrativa de defensa del Estado que erradica del país a quien delinquió en su territorio, esto es, quien defraudó no solo las expectativas normativas generales si no la apertura y hospitalidad que le brindó el país. Esta supone así una restricción de la libertad del condenado que cumplida su sentencia no podrá seguir viviendo ni desempañando actividades en el Perú. De modo enfático y nada técnico el artículo 303 contiene una regulación específica de expulsión para el extranjero que haya cumplido su condena por el delito de tráfico ilícito de drogas, quedando prohibido su reingreso al país"[26]. En otras palabras, se ejecuta después de que el extranjero haya cumplido la pena privativa de libertad, la cual haya sido previamente sentenciada o, en su caso, después de haber solicitado el beneficio penitenciario correspondiente.

V. Conclusiones

La pena restrictiva de libertad, actualmente regulada en el artículo 30 del 20
Código Penal, solamente está prevista y dirigida solamente para los extranjeros que comentan delitos y sean procesados y sentenciados con pena privativa de la libertad y, cumplida la pena, serán expulsados del territorio nacional sin derecho a retornar al Perú, o también una vez solicitado el beneficio penitenciario, los extranjeros serán expulsados del territorio peruano, al margen de que este tipo de penas colisiona con el derecho a la igualdad y al derecho a la residencia –derechos convencionales y constitucionales–, a nuestro criterio esta pena debe de ser extraída de Código Penal peruano y ser considerado como una medida de seguridad.

VI. Bibliografía

BRAMONT ARIAS, Luis Alberto / BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. *Código Penal anotado*. San Marcos, Lima, 1995; BUSTOS RAMÍREZ, Juan / HORMAZABAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de Derecho penal*. Volumen I. Trotta. Madrid, 1997; CABO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal. Parte general*. 2ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 1987; CUELLO CALÓN, Eugenio, "Derecho penal. Parte general". Vol. I. En: *Revis. César Camargo Hernández*. Bosch, Barcelona, 1976; GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte general I*. 2ª edición. Grijley, Lima, 2007; GARCÍA CAVERO, Percy, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*. Grijley, Lima, 2008; MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Teoría de las consecuencias jurídicas del* 21

(26) ROJAS VARGAS, F., *Código Penal. Parte general: comentarios y jurisprudencia*. Tomo I. *Op. Cit.*, p. 575.

delito. Tecnos, Madrid, 1991; PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, *Derecho penal. Parte general*. Tomo II. 6ª edición. Idemsa, Lima, 2017; PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Delitos y penas, una aproximación a la parte especial*. Ideas/Ius Puniendi Sistema Integral, Lima, 2017; PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*. Gaceta Jurídica, Lima, 2000; REYNA ALFARO, Luis Miguel, *Derecho penal. Parte general*. Iustitia, Lima, 2008; ROJAS VARGAS, Fidel, *Código Penal. Parte general: comentarios y jurisprudencia*. Tomo I. RZ Editores, Lima, 2016.

Sección III
Penas limitativas de derechos

§ 31
Clases de penas limitativas de derechos

NAKIN CRISTIAN ROJAS MONTOYA
Universidad Nacional de Cajamarca
(Perú)

Sumario

	Nm	P		Nm	P
I. Introducción	1	551	IV. Antecedentes de la regulación legal	22	557
II. Naturaleza jurídica y *nomen iuris*	2	552	V. Estado actual de la cuestión.	26	560
III. Fundamento criminológico y político-criminal	6	553	VI. Conclusión	31	561
			VI. Bibliografía	32	562

§ 31.- Clases de penas limitativas de derechos

"Las penas limitativas de derechos son:

1. Prestación de servicios a la comunidad;

2. Limitación de días libres; e

3. Inhabilitación".

I. Introducción

Las penas limitativas de derechos han sido y son, hasta la actualidad, las 1
penas más innovadoras, pero también las menos utilizadas de nuestro ordenamiento jurídico penal, cuestión que no tiene como única causa a la cultura inquisitiva y carcelaria de la sociedad, en general, y de los operadores del derecho, en específico; sino que se debe, además, a la falta de desarrollo exegético que dichas consecuencias jurídicas del delito han tenido en la doctrina. Así, en el presente comentario desarrollaremos un análisis sobre el dispositivo normativo referenciado, para lo cual nos abocaremos a cuestiones previas, como la naturaleza jurídica y *nomen iuris* de este tipo de penas, su fundamento criminológico y los antecedentes normativos previos a su regulación en nuestro Código Penal peruano; para, finalmente, abocarnos al estado de la cuestión actual de este tipo de penas y los retos que, a futuro, le esperan para permanecer vigente en nuestra normativa penal.

II. Naturaleza jurídica y *nomen iuris*

2 Las penas limitativas de derechos vienen a ser sanciones que restringen derechos fundamentales diferentes a la libertad ambulatoria, como reacción estatal a la ocurrencia de una acción prevista como delito, con el fin de prevenir su comisión, sea por el sancionado (prevención especial) o por la sociedad (prevención general). Para lograr dicho cometido, el Estado, por medio de las penas limitativas de derechos, busca imponer a los autores y partícipes de un delito no grave una sanción benigna, proporcional a la gravedad de dicho injusto.

3 A la luz de esta definición, es necesario aclarar que, por más que estas penas puedan ser aplicadas de manera sustitutiva o alternativa a la pena privativa de libertad, constituyen auténticas consecuencias jurídicas punitivas, recogidas por el catálogo de penas limitativas de derechos del artículo 31 del Código Penal peruano de 1991; llegando a concebirse como una pena multifuncional, que, además de su aplicación autónoma, se constituye como un subrogante de las penas de prisión de corta duración.

4 Ahora bien, de la interpretación literal del *nomen iuris* de este tipo de penas, fluye que la nomenclatura "limitativas de derechos" es inadecuada para circunscribir su alcance, pues todas las penas (incluida las privativas de libertad y la multa) limitan derechos fundamentales. Esta es la razón por la que las Reglas de Tokio las llama "medidas no privativas de la libertad", haciendo referencia a las sanciones que no restringen la libertad ambulatoria y/o que se aplican de manera sustitutiva o alternativa a la prisión[1], adquiriendo, con ello, una denominación más funcional para dar cuenta de su contenido[2].

5 En efecto, en palabras de ABAD CONTRERAS, existen bienes jurídicos diferentes a la libertad ambulatoria, que pueden ser restringidos por el poder punitivo del Estado, obteniéndose, de la amenaza de su privación, efectos semejantes a los que cumple la pena de prisión[3]. En dicho sentido es que el Tribunal Constitucional, en el Expediente N° 02667-2013-PEIC/TC, ha dejado en claro que las penas limitativas de derechos, como la pena de prestación de servicios a la comunidad, no tienen incidencia negativa sobre el derecho a la

(1) Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio). Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990.

(2) NAVARRO ALTHAUS, M., "El sistema de penas en el CP peruano de 1991". En: *Anuario de Derecho penal*, p. 7.

(3) GARCÍA VALDEZ citado por ABAD CONTRERAS, J., *Alternativas a la privación de libertad clásica. Prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres*, p. 53.

libertad individual del sentenciado; siendo, por lo tanto, improcedente toda garantía constitucional de hábeas corpus que se incoe producto de la misma(4).

III. Fundamento criminológico y político-criminal

6 Con el cambio de una filosofía idealista, que priorizaba al sujeto cognoscente antes que al objeto conocido, hacia una filosofía materialista, que se focalizaba en el objeto como condicionante del sujeto; la criminología también viró, desde una criminología clásica, focalizada en el hombre como génesis del crimen, hacia una criminología crítica, concentrada en el entorno social como condicionante de los comportamientos socialmente desviados que cometiera el individuo.

7 En palabras del sociólogo Alessandro BARATTA, este contraste entre la criminología clásica, liberal o positivista, que utilizaba el enfoque biopsicológico del ser humano, y la criminología crítica, dimanante del *labelling approach* y de las teorías conflictuales, que utiliza el enfoque económico-político de los comportamientos socialmente negativos, se puede sintetizar en una importante contraposición: la primera buscaba la explicación de los comportamientos criminalizados partiendo de la criminalidad como dato ontológico preconstituido a la reacción social y al Derecho penal, tratando de estudiar el fenómeno criminal a partir de sus causas, soslayando el estudio de la reacción social y el Derecho penal; mientras que la segunda desplazó el interés cognoscitivo desde las causas de la desviación criminal hacia los mecanismos sociales e institucionales mediante los cuales se elabora la realidad social de la desviación(5).

8 En efecto, es a partir de la criminología crítica que se empieza a concebir al crimen como producto de un proceso de criminalización, por parte de una sociedad que, con base en una selección de los bienes que serán protegidos penalmente, de los comportamientos ofensivos a estos bienes y de los sujetos etiquetados entre todos los que realizan estos comportamientos, crea, mantiene o varía el fenómeno criminal; utilizando, principalmente, entre todos los mecanismos de control social, al Derecho penal(6); convirtiéndose la criminología crítica, en esencia, en una crítica del Derecho penal(7).

(4) Exp. N° 02667 2013-PEIC/TC –Lima Norte–, Asunto Anliber Teodorico Rodríguez Espinoza, fundamentos jurídicos 3-4.

(5) BARATTA, A., *Criminología crítica y crítica del Derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*, pp.165-167.

(6) BARATTA, A., *Criminología y sistema penal*, pp. 91-92.

(7) BARATTA, A., *Criminología crítica y crítica del Derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal. Op. Cit.*, p. 167.

9 Así, este enfoque crítico sobre el principal medio de control social (Derecho penal) propició la necesidad de observar, escudriñar, analizar y valorar al sistema penal, en su conjunto, y a cada una de sus instituciones. Conforme a dicho enfoque, el sistema penal y sus instituciones generan los procesos de criminalización primaria (mecanismo de producción de normas), secundaria (mecanismo de averiguación y juzgamiento) y terciaria (ejecución de la pena o medidas de seguridad). Esta forma crítica de entender el Derecho penal ha conducido a identificar los principales problemas del sistema punitivo, v. gr., la inexorable crisis de la pena privativa de libertad.

10 En efecto, producto de la crítica al sistema penal, en general, y a la pena privativa de libertad, en específico, se vertieron una serie de argumentos que cuestionaban la eficacia de esta pena y avalaban la reducción de la misma, los cuales, en palabras de MANTOVANI[8], se sintetizan en los siguientes: a) no siempre resulta necesaria para el fin de prevención general, dadas las amplias posibilidades creativas de otros instrumentos sancionatorios de que dispone el Estado moderno; b) presenta contraindicaciones a los fines de prevención especial, por su efecto traumático y estigmatizante para el sujeto y su familia, además de ser demasiado costosa para la colectividad. Su función de prevención general y especial ha sido gravemente erosionada, debido a la hipertrofia de la legislación penal y de la inflación de la misma pena privativa de libertad, poniendo en crisis a la seguridad y prontitud de su aplicación; c) ha aumentado la población carcelaria, la cual, debido a su hacinamiento, hace imposible la eficacia de un tratamiento penitenciario resocializador.

11 En sentido similar, ROXIN expresa que se espera demasiado cuando se supone que a través de las penas duras se reducirá sustancialmente la criminalidad existente, señalando cuatro inconvenientes de este tipo de sanción: 1) resulta difícil educar para un comportamiento adecuado en sociedad a partir de condiciones de encierro radicalmente distintas a la vida en libertad; 2) la pena privativa de libertad posee un efecto disocializador, al sustraer al recluso de sus vínculos comunitarios normales; 3) se produce un efecto de "infección criminal" motivado por los contactos e intercambios con los demás reclusos, reforzándose y profundizándose la deformación personológica y 4) el enorme coste financiero que significa para la sociedad mantener el funcionamiento del sistema penitenciario[9].

(8) MANTOVANI citado por ABAD CONTRERAS, J., *Alternativas a la privación de libertad clásica. Prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres. Op, Cit.*, pp. 51-52.

(9) ROXIN, C., "Problemas actuales de la política criminal". En: DÍAZ ARANDA, Enrique (editor), *Problemas fundamentales de política criminal y Derecho penal*, pp. 2-3.

Por su parte, BARATTA refiere que el efecto estigmatizante de la pena de prisión genera, consecuentemente, la marginación y atomización del recluido, quien se ve distanciado de su trabajo, amigos, familia y todo miembro de la comunidad, impidiendo las relaciones sociales y la coalición de estos con las personas que se encuentran extra e, incluso, intramuros(10); consolidando, a decir de ZAFFARONI, un viraje definitivo hacia la carrera criminal, debido a que los efectos criminógenos no se pueden imputar a características coyunturales de tal o cual prisión en particular, sino que son el resultado de la estructura misma de la prisión y no desaparecerán, así suene cacofónico, hasta que no desaparezca la prisión misma(11). 12

Por otro lado, el profesor BARATTA deja en claro que la cárcel causa, *per se*, la desculturización y la prisionalización de la persona. Lo primero implica la desadaptación a las condiciones que son necesarias, e incluso imprescindibles, para la vida en libertad, como la disminución de la capacidad volitiva, la pérdida del sentido de autorresponsabilidad y el alejamiento de los valores sociales; mientras que lo segundo versa sobre la asunción de valores o modelos conductuales propios de la subcultura carcelaria, cuya adquisición impide o dificulta, totalmente, las oportunidades de reinserción en sociedad(12). 13

Todos estos argumentos en contra de la cárcel, como institución basal del sistema penal, generaron una serie de posiciones político-criminales que, en menor o mayor intensidad, promovieron la abolición o reducción de dicho sistema, proponiendo una serie de propuestas que, a corto o largo plazo, tenían como fin la enervación de todos estos defectos de la pena privativa de libertad y, con ello, la disolución o menoscabo de un sistema penal considerado, *per se*, perjudicial. 14

Así, en primer orden, surgió la corriente abolicionista, la cual no se circunscribe a proponer la desaparición de la cárcel, sino del sistema penal en su conjunto, justificando dicho postulado en la ilegitimidad del subsistema controlador punitivo, aduciendo que las ventajas controladoras obtenidas son inferiores a los perjuicios derivados de su acción, al pretender expropiar un conflicto de carácter personal a los implicados. Por ello, como alternativa propone 15

(10) BARATTA, A., *Criminología crítica y crítica del Derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal. Op. Cit.*, pp. 174-175.

(11) ZAFFARONI, E., "La filosofía del Derecho penitenciario en el mundo contemporáneo". En: *Themis Revista de Derecho* N° 35, p. 182.

(12) Ibídem, p. 195.

la subrogación del sistema penal a mecanismos alternativos como la justicia comunitaria y la justicia civil compensatoria[13].

16 No obstante, esta corriente abolicionista ha sido criticada por plantear objetivos utópicos e irrealizables que, si bien revelan los defectos del sistema penal, del cual pretenden su desaparición, omiten interiorizar que este es el único instrumento, por ahora, soslayando el cuándo y el cómo de la subrogación del sistema penal por el constructo sustitutivo, hasta ahora imaginario. Al respecto, BUSTOS RAMÍREZ refiere que "el abolicionismo, como el avestruz, pretende ignorar que el sistema penal está aquí y ahora, (...) con lo cual lo único que hace es construir castillos de arena"[14].

17 En el mismo sentido, LUIGI FERRAJOLI señala que la ausencia del sistema penal revela costos más elevados que su presencia, al generar una anarquía punitiva, porque, por un lado, abandonarían al sistema social a la suerte del *bellum omnium* y a la reacción salvaje e incontrolada contra las ofensas, con un inexorable predominio de la ley del más fuerte; por otro lado, ocasionarían el nacimiento de un estado totalmente policial, que, con el ánimo de prevenir las ofensas y las reacciones a estas, limitarían una serie de libertades de manera más lesiva que el propio Derecho penal[15].

18 Por otro lado, surgió la corriente minimalista, la cual, en esencia, proponía la reducción del sistema penal mediante tres postulados esenciales: primero, la descriminalización de determinadas conductas y su consecuente protección por otras disciplinas del derecho (Derecho administrativo, civil, laboral, comercial, etc.); segundo, la regulación y aplicación de principios garantistas que, en calidad de escudos, protejan al ciudadano del mismo sistema penal; y, por último, la promoción de penas no privativas de libertad o de medidas alternativas a la misma, que eviten la marginación, estigmatización, prisionalización, desculturización y todos los efectos negativos que genera la cárcel[16].

19 En efecto, en consonancia a lo pergeñado por ALESSANDRO BARATTA, el minimalismo propone una estrategia provisional de tres frentes (que deberá dimanar en una futura e irrenunciable abolición del sistema penal): primer frente, el de la despenalización o contracción al máximo del sistema punitivo,

(13) GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, M., "El Derecho penal desde una evaluación crítica". En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* N° 10-11, pp-11:1-11:23; p. 11:8.

(14) BUSTOS RAMÍREZ, J., "Prólogo". En: MARTÍNEZ SÁNCHEZ, M., *La abolición del sistema penal: inconvenientes en Latinoamérica*.

(15) FERRAJOLI, L., "El Derecho penal mínimo". En: *Prevención y teoría de la pena*, p. 44.

(16) ANIYAR DE CASTRO, L., *Criminología de la liberación*, pp. 85-93.

excluyendo de él, parcial o totalmente, innumerables sectores que recargan, innecesariamente, los códigos penales nacionales; segundo frente, el de la racionalización del sistema penal en su conjunto; y, como último frente, el del ensanchamiento del sistema de penas no privativas de libertad, de medidas alternativas a la ejecución efectiva de dicha pena o de beneficios penitenciarios que, en su conjunto, permitan el derrumbamiento progresivo de los muros carcelarios[17].

Como se puede apreciar, es esta política criminal minimalista, dimanada 20
de una criminología crítica, la que ha permitido la regulación en diferentes países de penas no privativas de libertad, las cuales, mediante la restricción de derechos fundamentales diferentes a la libertad ambulatoria, tienen como propósito evitar cada uno de los perjuicios causados por la prisión; pues, si lo que se pretende es dotar de mejores posibilidades de promoción social al transgresor, para lograr su adhesión externa a las reglas de la legalidad, no tiene algún sentido que se lo mantenga recluido, alejado de sus familiares y de sus grupos de pertenencia, en suma, no solo de su libertad ambulatoria, sino de todo lo que ella importa para la plena existencia del individuo autodeterminado[18].

Por ello, cuestionada la posibilidad de reeducar al individuo mediante la 21
pena privativa de libertad, es prioritario que se procure mantener al infractor en la sociedad abierta, participando activamente en ella; siendo esta, precisamente, la perspectiva en que se plasman las penas limitativas de derecho consagradas por el Código Penal peruano: prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres e inhabilitación[19].

IV. Antecedentes de la regulación legal

Producto de la corriente criminológica y política criminal descrita, en la 22
academia se promovieron una serie de congresos internacionales, en los que se discutieron la conveniencia de que los diversos Estados regulen este tipo de penas. VERBIOGRACIA, tenemos al Primer Congreso Penitenciario Internacional reunido en Londres en 1872, donde se polemizó sobre la necesidad de reemplazar las penas de prisión de corta duración por otras que no obliguen al condenado a ingresar a un centro penitenciario. La discución de dicha problemática

(17) BARATTA, A., *Criminología crítica y crítica del Derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal. Op. Cit.*, pp. 215 ss.

(18) NIÑO, L., "Aspectos críticos de la realidad carcelaria: visitas, requisas y régimen disciplinario". En: *Jornadas sobre sistema penitenciario y derechos humanos*, p. 108.

(19) VILLAVICENCIO TERREROS, F., *Código Penal comentado*, p. 163.

continuó en otros congresos como el Congreso Penitenciario Internacional de Roma de 1885, el de Londres de 1925, el Primer Congreso Latinoamericano de Derecho penal de Buenos Aires de 1938, etc.[20].

23 Dicho debate académico generó que a lo largo del mundo se regulen penas no privativas de libertad, como, por ejemplo, fueron los casos de: a) Francia, país que mediante ley del 10 de junio de 1983 introdujo en su Código Penal la pena sustitutiva de "trabajo de interés general"; b) Inglaterra, que mediante la *Criminal Justice Act* de 1972, reproducida en la *Powers of Criminal Courts Act* de 1973, incorpora los *Communiti service orders*; c) Bélgica, que mediante una circular expedida en 1963, reguló los arrestos de fin de semana y la semirreclusión; y d) Brasil, que mediante la expedición de su Código Penal de 1984, implementó, junto a la interdicción temporal, la prestación de servicios a la comunidad y la limitación de fin de semana[21].

24 Este último antecedente tiene una especial importancia para nuestro ordenamiento jurídico penal, pues las penas de prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres, reguladas en el artículo 31 y subsecuentes del Código Penal peruano, fueron, precisamente, asimiladas del Código Penal brasileño, tal como se aprecia a continuación:

Cuadro N° 1

Código Penal brasileño[22]	Código Penal peruano de 1991
§ 32: "Las penas son: I. Privativas de libertad. II. Restrictivas de derecho. III. Multa".	§ 28: "Las penas aplicables de conformidad con este Código son: Privativa de libertad; Restrictivas de libertad; Limitativas de derechos; y Multa.
§ 43: "Las penas restrictivas de derechos son: I. Prestación de servicios a la comunidad. II. Interdicción temporal de derechos. III. Limitación de fin de semana".	§ 31: "Las penas limitativas de derechos son: 1. Prestación de servicios a la comunidad; 2. Limitación de días libres; e 3. Inhabilitación".

(20) ABAD CONTRERAS, J., *Alternativas a la privación de libertad clásica. Prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres. Op. Cit.*, p. 29.

(21) Ibídem, pp. 32-46.

(22) Texto de reforma de la Parte general del Código Penal, que se convirtió en Ley N° 7209, de 11 de julio de 1984, cuya traducción ha sido publicada por MUÑOZ CONDE, F., "Nueva Parte general del Código Penal brasileño". En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales* T. 40, pp. 721-752.

§ 44: "Las penas restrictivas de derechos serán *autónomas y sustitutivas* a las privativas de libertad (...)"	§ 32: "Las penas limitativas de derechos previstas en los dos primeros incisos del artículo 31 *se aplican como autónomas* cuando están específicamente señaladas para cada delito y también *como sustitutivas* o alternativas de la pena privativa de libertad, cuando la sanción sustituida a criterio del Juez no sea superior a cuatro años".
§ 46: "La prestación de servicios a la comunidad consiste en la atribución al condenado de *tareas gratuitas junto a entidades asistenciales, hospitales, escuelas, orfelinatos y otros establecimientos similares* (...) Las tareas serán atribuidas *conforme a las aptitudes del condenado, debiendo ser cumplidas durante 8 (ocho) horas semanales, los sábados, domingos y feriados o en días de fiesta, de modo que no perjudiquen la jornada normal de trabajo".*	§. 34: "La pena de prestación de servicios a la comunidad obliga al condenado a *trabajos gratuitos en entidades asistenciales, hospitalarias, escuelas, orfanatos, otras instituciones similares* u obras, siempre que sean públicos. La pena de prestación de servicios a la comunidad también puede ejecutarse en instituciones privadas con fines asistenciales o sociales. Los servicios son asignados, en lo posible, *conforme a las aptitudes del condenado, debiendo cumplirse en jornadas de diez horas semanales, entre los días sábados, domingos o feriados, de modo que no perjudiquen la jornada normal de su trabajo habitual* (...)".
§ 48: "La limitación de fin de semana *consistirá en la obligación de permanecer los sábados y domingos, durante 5 (cinco) horas diarias en albergue (casa de albergado) u otro establecimiento adecuado. Durante la permanencia podrán darse al condenado cursos o conferencias u otras actividades educativas pertinentes* (...)".	§ 35: "La limitación de días libres *consiste en la obligación de permanecer los días sábados, domingos y feriados, hasta por un máximo de diez horas semanales, a disposición de una institución pública* para participar en programas educativos, psicológicos, de formación laboral o culturales (...) *Durante este tiempo, el condenado recibe orientaciones y realiza actividades adecuadas e idóneas para su rehabilitación y formación".*

Del esquema ilustrado fluye, a grandes luces, la gran influencia que el 25
Código Penal brasileño de 1984 tuvo en la regulación de las penas de prestación de servicios a la comunidad y la limitación de días libres (que carecen del raigambre histórico previo de la pena de inhabilitación[23]) reguladas por el Código Penal peruano; regulación que, de acuerdo a la Exposición de motivos del Código Penal de 1991, tuvo como objeto paliar la densa población carcelaria, los efectos perniciosos de la prisión y la escasez de recursos públicos

(23) Téngase presente que sus antecedentes legislativos se remontan a los artículos 79 a 82 del Código Penal de 1863.

para cubrir las más elementales necesidades que exige el respeto a la condición humana, significando una solución que, sin ser perfecta, constituía al menos un relativo avance en la lucha contra el delito[24].

V. Estado actual de la cuestión

26 No obstante, a pesar de la regulación innovadora que las penas de prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres adquirieron en el vigente Código Penal peruano, no se tomó en consideración la escasa información sobre los objetivos reduccionistas de este tipo de penas y, mucho menos, la cultura inquisitiva y carcelaria que existe en nuestro medio. Como consecuencia de ello, los operadores del derecho se encontraron súbitamente obligados a aplicar instituciones desconocidas, y sobre las cuales la doctrina nacional no había desarrollado mayor ilustración teórica o práctica. Ello condicionó negativamente la evolución de la jurisprudencia referente a las nuevas medidas, la cual, con timidez, cautela e incluso recelo generó una sinuosa línea de interpretación judicial, caracterizada por distorsionar u omitir reiteradamente la aplicación de estas penas[25].

27 Esta premisa se ve confirmada cuando apreciamos que, para junio del 2018, el número de ciudadanos sentenciados con penas limitativas de derechos a nivel nacional era de 11 807, de los cuales 11 795 correspondían a penas de prestación de servicios a la comunidad y solamente 12 a penas de limitación de días libres, evidenciándose la reducida aplicación jurisprudencial de la pena de prestación de servicios a la comunidad y la casi nula aplicación de la pena de limitación de días libres[26].

28 Algo que llama también la atención es, en primer lugar, la propensión de la judicatura de aplicar este tipo de penas a las faltas (61 %), en inmensa mayoría que a los delitos (39 %); y, en segundo lugar, las limitadas instituciones en que la mayoría de sentenciados a la prestación de servicios a la comunidad cumplen su sentencia, teniendo que el 33 % se encuentra ejecutando su sentencia en municipios, el 25 % en las comisarías y el 21 % en instituciones educativas[27].

(24) "Exposición de motivos" del Código Penal de 1991, p. 8.
(25) Prado Saldarriaga, V., "La conversión de penas privativas de libertad en el Derecho penal peruano y su aplicación judicial". En: Hurtado Pozo, J. (coordinador), *El sistema de penas del nuevo Código Penal*, pp. 257-272.
(26) Instituto Nacional Penitenciario, *Informe Estadístico Penitenciario junio, 2018*, p. 7.
(27) Ibídem, p. 75.

De lo dicho se aprecia que, a diferencia de la tradición histórica de la inhabilitación[28], la pena de prestación de servicios a la comunidad, y con mayor razón la pena de limitación de días libres, han tenido una implementación poco venturosa; escenario que deberá mejorar para que la aplicación de dichas penas, en sede judicial, y su ejecución, en sede penitenciaria, estén a la par de los nuevos retos que la legislación penal les impone, la cual, en contra de todo pronóstico, ha llegado a ampliar los supuestos de su aplicación y ha establecido principios que guían su ejecución. 29

En efecto, de acuerdo al artículo 3 del Decreto Legislativo N° 300 y al artículo 52-A del Código Penal, estas penas, al poder subrogar penas en ejecución de hasta seis años, también han adquirido la función de excarcelación anticipada. Ello demuestra que las penas limitativas de derechos, lejos de desaparecer o reducirse, están destinadas a mantenerse y perdurar en nuestro ordenamiento jurídico penal; más aún si, mediante artículo 3 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1191, se ha establecido una serie de principios que regulan la ejecución de este tipo de penas, como son el de legalidad, garantía jurisdiccional, garantía de ejecución, fines de la pena, tutela judicial efectiva y efectividad de las resoluciones judiciales[29]; avances legislativos que, en pro de una política criminal minimalista, deberán desterrar, para siempre, la cultura carcelaria y maximalista de nuestro Derecho penal. 30

VI. Conclusión

De lo expuesto se colige que, con el cambio de una filosofía idealista a una materialista, se generó el desplazamiento de la criminología clásica a la criminología crítica y, con ello, el viraje del interés cognoscitivo hacia el entorno del delincuente. Esta variación generó el escrutinio del sistema penal, en general, y de la prisión, en específico, los cuales, debido a su efecto atomizador y estigmatizante, generan un proceso de prisionalización y desculturización en el penado; efectos que generaron una serie de propuestas académicas en pro de la implementación de penas no privativas de libertad, las cuales fueron recogidas por una serie de ordenamientos jurídicos, entre ellos por el Código Penal brasileño e, influenciada por este último, por nuestra legislación penal peruana, la cual, lejos de verse aplacada por la tímida praxis judicial de este 31

(28) Téngase presente que sus antecedentes legislativos se remontan a los artículos 79 a 82 del Código Penal de 1863.

(29) Véase artículo 3 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1191.

tipo de penas, ha incrementado los supuestos de su aplicación y regulado una serie de principios para su debida utilización.

VII. Bibliografía

32 ABAD CONTRERAS, Jorge, *Alternativas a la privación de libertad clásica. Prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres*. Grijley, Lima, 2004; ANIYAR DE CASTRO, Lola, *Criminología de la liberación*. Editorial de la Universidad de Zulia, Maracaibo, 1987; BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del Derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*. Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 1986; BARATTA, Alessandro, *Criminología y sistema penal*. B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2004; BUSTOS RAMÍREZ, Juan José, "Prólogo". En: MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Mauricio, *La abolición del sistema penal: inconvenientes en Latinoamérica*. Temis, Bogotá, 1990; FERRAJOLI, Luigi, "El Derecho penal mínimo". En: *Prevención y teoría de la pena*. Conosur, Santiago, 1995; GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Marta, "El Derecho penal desde una evaluación crítica". En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* N° 10-11, 2008 <http://criminet.ugr.es/recpc>; INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO, *Informe Estadístico Penitenciario junio, 2018*. Disponible en <https://www.inpe.gob.pe/revistas/estadistica/2018/junio/mobile/index.html>; MUÑOZ CONDE, Francisco, "Nueva Parte general del Código Penal brasileño". En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales* T. 40, Fasc./Mes 3, 1987; NAVARRO ALTHAUS, Martín, "El sistema de penas en el CP peruano de 1991". En: *Anuario de Derecho penal*. Universidad de Friburgo. 1997; NIÑO, Luis, "Aspectos críticos de la realidad carcelaria: visitas, requisas y régimen disciplinario". En: *Jornadas sobre sistema penitenciario y derechos humanos*. Del Puerto, Buenos Aires, 1997; PRADO SALDARRIAGA, Víctor, "La conversión de penas privativas de libertad en el Derecho penal peruano y su aplicación judicial". En: HURTADO POZO, José (coordinador), *El sistema de penas del nuevo Código Penal*. Asociación Peruana de Derecho penal, Madrid, 1999; ROXIN, Claus, "Problemas actuales de la política criminal". Conferencia dictada en el ciclo "Puntos de discusión de vanguardia en las ciencias penales", setiembre 2000, Munich. En: DÍAZ ARANDA, Enrique (editor), *Problemas fundamentales de política criminal y Derecho penal*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Código Penal comentado*. 3ª edición. Grijley, Lima, 2001; ZAFFARONI, Eugenio, "La filosofía del Derecho penitenciario en el mundo contemporáneo". En: *Themis Revista de Derecho* N° 35, Lima, 1997.

§ 32
Aplicación de las penas limitativas de derechos

NAKIN CRISTIAN ROJAS MONTOYA
Universidad Nacional de Cajamarca
(Perú)

Sumario

	Nm	P
I. Introducción	1	563
II. Aplicación de las penas limitativas de derechos	2	564
1. Aplicación autónoma de las penas limitativas de derechos	4	564
2. Aplicación alternativa de las penas limitativas de derechos	6	565
3. Aplicación sustitutiva de las penas limitativas de derechos cuando la pena sea menor a cuatro años	7	566
4. La ampliación de las penas limitativas de derechos en la jurisprudencia peruana	14	568
III. Consideraciones finales	32	572
IV. Bibliografía	34	572

§ 32.- Aplicación de las penas limitativas de derechos como penas autónomas o sustitutas

"Las penas limitativas de derechos previstas en los dos primeros incisos del artículo 31 se aplican como autónomas cuando están específicamente señaladas para cada delito y también como sustitutivas o alternativas de la pena privativa de libertad, cuando la sanción sustituida a criterio del Juez no sea superior a cuatro años".

I. Introducción

En la legislación penal peruana, el juez puede imponer penas o medidas 1
de seguridad[1]. Ambas "constituyen el punto de contacto de todas las normas penales"[2], pues son la consecuencia jurídica de la comisión de determinados actos delictivos. Ahora bien, como premisa general al presente comentario, es menester referirnos a la pena privativa de libertad, sobre la cual se sabe que es, en el papel, la respuesta idónea, necesaria y proporcional para los delitos graves; en ese contexto, se torna necesario preguntarnos: ¿cuál es la respuesta idónea, necesaria y proporcional para los delitos de menor gravedad? La respuesta la encontraríamos en las otras clases de penas (Art. 28 CP), que vienen

(1) Garantía jurisdiccional: artículo V del Título Preliminar del Código Penal.
(2) NAVARRO ALTHAUS, M., "El sistema de penas en el CP peruano de 1991". En: *Anuario de Derecho penal*, p. 1.

a ser las penas restrictivas de la libertad, las penas limitativas de derechos y la multa, las cuales, por su afectación a derechos fundamentales menos trascendentes a la libertad, resultan más proporcionales al injusto cometido. En el presente comentario, nos limitaremos a pronunciarnos sobre las penas limitativas de derechos, su aplicación judicial y su tratamiento en la jurisprudencia peruana, dejando para otra oportunidad el estudio de las penas restrictivas de la libertad y la multa.

II. Aplicación de las penas limitativas de derechos

2 Como fluye del artículo 32 del Código Penal, la aplicación de las penas limitativas de derechos puede ser de dos tipos: a) aplicación autónoma, y b) aplicación sustitutiva o alternativa. La primera procederá cuando algún tipo penal de la parte especial del Código Penal así lo regule, mientras que la aplicación alternativa procede cuando el tipo penal tiene dos consecuencias jurídicas, por un lado, una pena privativa de la libertad y, por otro lado, una prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres; y, por último, la aplicación sustitutiva será impuesta a aquel delito que, si bien es cierto no recoge en su redacción a este tipo de penas; no obstante, contiene una pena privativa de libertad menor o igual a cuatro años, la misma que, a criterio del juzgador, es aplicada de manera sustitutiva a la misma.

3 Así, por ejemplo, cuando una persona comete el delito de injuria (Art. 130 CP), podrá ser, directamente, sancionada con una pena de diez a cuarenta jornadas de prestación de servicios a la comunidad, sin que su aplicación dependa de alguna pena privativa de libertad, que, para este delito, no tiene aplicación. Por otro lado, si una persona comete el delito de autoaborto, podrá ser sancionada con una pena privativa de libertad no mayor de dos años o, alternativamente, con cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas de prestación de servicios a la comunidad. Finalmente, si una persona comete el delito de bigamia, *prima facie*, solo podría ser sancionada con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años; no obstante, en aplicación de este articulado, a discreción del juez, dicha pena podrá ser sustituida por una pena de prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres.

1. Aplicación autónoma de las penas limitativas de derechos

4 Las penas limitativas de derechos, como la prestación de servicios a la comunidad y la limitación de días libres, tienen aplicación autónoma cuando se encuentran específicamente señaladas para cada delito. Se denomina autónoma

"porque constituyen una especie independiente de la pena"[3] cuya aplicación no se encuentra circunscrita a la imposición de algún otro tipo de pena, como sucede en el caso de la aplicación sustitutiva, cuya imposición depende de que el delito tenga una pena privativa de libertad no mayor de cuatro años, además de la discreción del juzgado.

Así las cosas, el Código Penal contiene cinco tipos penales en los cuales se 5
aplica –de forma autónoma– la sanción de prestación de servicio comunitario: 1) Injuria (Art. 130), 2) Delitos contra el estado civil, siempre que se cometan por un móvil de honor (Art. 146), 3) Supresión o extravío indebido de correspondencia (Art. 163), 4) Publicación indebida de correspondencia (Art. 164), 5) Ejercicio arbitrario de derecho. Justicia por propia mano (Art. 417).

2. Aplicación alternativa de las penas limitativas de derechos

El Código Penal prevé veintisiete tipos penales en donde las penas limi- 6
tativas de derechos se aplican como penas alternativas a la pena privativa de libertad. A saber, estos delitos son: 1) homicidio culposo (Art. 111), 2) autoaborto (Art. 114), 3) aborto preterintencional (Art. 118), 4) alteración o supresión del estado civil (Art. 143), 5) Inducción a la fuga de menor (Art. 148), 6) Omisión de prestación de alimentos (Art. 149), 7) hurto de uso de ganado (Art. 189-B), 8) apropiación irregular (Art. 192), 9) conducción en estado de ebriedad o drogadicción (Art. 274), 10) ejercicio malicioso y desleal de la medicina (Art. 291), 11) aborto preterintencional (Art. 118), 12) formas culposas (Art. 295), 13) contaminación del ambiente (Art. 304), 14) comisión culposa del delito de minería ilegal (Art. 307-A), 15) delitos contra los bosques o formaciones boscosas (Art. 310), 16) discriminación e incitación a discriminación (Art. 323), 17) actos de menosprecio contra los símbolos, próceres o héroes patrios (Art. 345), 18) publicidad ilegal del sentido del voto (Art. 358), 19) ostentación de distintivos de función o cargos que no ejerce (Art. 362), 20) violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones (Art. 366), 21) Resistencia o desobediencia a la autoridad (Art. 368), 22) atentado contra la conservación e identidad de objeto (Art. 370), 23) negativa a colaborar con la administración de justicia (Art. 371), 24) comisión culposa en el atentado contra documentos que sirven de prueba en el proceso (Art. 372), 25) perturbación del orden en el lugar donde la autoridad ejerce su función (Art. 375), 26) patrocinio ilegal (Art. 385), 27) peculado culposo (Art. 387).

(3) Villavicencio Terreros, F., *Código Penal comentado*, p. 164.

3. Aplicación sustitutiva de las penas limitativas de derechos cuando la pena sea menor a cuatro años

7 Ahora bien, si apreciamos el límite máximo de la pena privativa de libertad para que sea pasible de sustitución (cuatro años), llegamos a la conclusión de que del catálogo de delitos obrante en la Parte Especial de este cuerpo normativo, existen más de cien delitos adicionales a los citados *supra*, cuyas penas privativas de libertad podrían, siempre a discreción del juzgador, ser sustituidas por una pena de prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres[4]. Es por ello que la determinación judicial de la pena se realizará tomando en cuenta, además, "lo establecido en el artículo cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código sustantivo"[5].

8 En la misma línea, respecto a la facultad discrecional del juez, corresponde citar el considerando séptimo de la Resolución Administrativa N° 164-2013-P-PJ[6]:

9 "La facultad discrecional del Juez Penal para determinar la pena aplicable (pena privativa de libertad o prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres), debe responder a un proceso de análisis de factores objetivos y subjetivos presentes en cada caso en particular. Para tal efecto, deberá tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 45 del Código Penal, así como, la gravedad del delito, grado de responsabilidad del autor o partícipe, las cualidades y condiciones físicas y psicológicas del sentenciado. Sobre esto último, se deberá tener en cuenta además, la edad, estado de salud, habilidades, conocimientos, ocupación u oficio, capacidades desarrolladas por medio del estudio, trabajo o las propias condiciones de vida del sentenciado. Asimismo, en la decisión sustitutiva el juez deberá sopesar otros factores como lo innecesario de la reclusión y las inconveniencias por razones preventivas generales y especiales".

10 Como fluye de la cita anterior, el entonces presidente de la Corte Suprema del Perú, Enrique Javier Mendoza Ramírez, emitió dicha circular con la finalidad de invocar a todos los jueces penales a que para todos aquellos delitos,

(4) Presidencia de la Corte Suprema de Justicia de la República (Perú), *Circular para la debida ejecución y cumplimiento de las penas limitativas de derechos de prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres*. Resolución Administrativa N° 164-2013-P-PJ, considerando sexto.

(5) Ejecutoria Suprema. Exp. N° 1721-2000-Lima.

(6) Presidencia de la Corte Suprema de Justicia de la República (Perú), *Circular para la debida ejecución y cumplimiento de las penas limitativas de derechos de prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres*, considerando séptimo.

cuya pena privativa de libertad no supere los cuatro años consideren preferentemente la aplicación de la pena limitativa de prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres frente a la condicionalidad o suspensión de la pena.

Ahora, cabe resaltar que dicha circular constituye un antecedente y un 11
instrumento valioso para promover una administración de justicia menos carcelaria, que permita cumplir los fines minimalistas de este tipo de penas, sin descuidar, por ello, el cumplimiento de los fines justificativos de toda consecuencia jurídico-penal: fin preventivo, protector y resocializador (Art. IX del Título Preliminar del Código Penal); ello, a pesar de que, en la práctica, incluso las penas de prestación de servicios a la comunidad y la limitación de días libres son selectivas, por estar focalizadas a personas de clase económica media o alta, soslayando a aquellos sectores de la población que tienen un acceso limitado a la justicia(7).

En efecto, señalar que las penas limitativas de derechos cumplen con 12
el fin preventivo o resocializador resulta utópico; sin embargo, su aplicación preferente resulta –de cierto modo– un factor que contribuye a la reinserción del imputado, puesto que los ciudadanos sentenciados ya no ingresarán a la cárcel a purgar condena, sino realizarán trabajos comunitarios fuera de dicho establecimiento. De esa manera, también se estaría cumpliendo con el carácter de prevención especial(8) que establece la Carta Magna(9), al sustituir "una forma de ejecución más aflictiva por otra menos aflictiva, sin que ello dé lugar a consecuencias político-criminales indeseables"(10).

Silva Sánchez –respecto a la ejecución de la pena menos aflictiva– pro- 13
puso la vigencia de un principio que debería definirse como "de restricción máxima de la ejecución de las penas privativas de libertad, así como de aflictividad mínima de aquellas que deban ser finalmente ejecutadas"(11). Dicho

(7) Zaffaroni, E., *Derecho penal. Parte general*, p. 44.

(8) "El fin preventivo especial de la pena supone un ordenamiento en el que la resocialización del penado sea el fundamento central, de modo que se incluyan: beneficios penitenciarios que apunten a la consecución de este fin, cárceles adecuadas con programas de reincorporación de los presos, tratamientos resocializadores, descuentos de pena, leyes de colaboración eficaz; entre otros". Ver Chang Kcomt, R., *Función constitucional asignada a la pena: bases para un plan de política criminal*. En: *Derecho PUCP* N° 71, p. 513.

(9) Constitución Política del Perú, artículo 139 inciso 22: "El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad".

(10) Sala Penal Permanente, Recurso de Nulidad N° 1100-2015-Cusco, p. 6.

(11) Silva Sánchez, J., "¿Hay que ejecutar siempre las penas privativas de libertad?". En: *En busca del Derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, pp. 80-82.

principio es el que debe guiar la aplicación de las penas limitativas de derechos, siendo el motor que impulse a todo juez a optar por este tipo de consecuencias jurídicas, no solo cuando se encuentren reguladas de manera autónoma o alternativa en el Código Penal, sino, y sobre todo, cuando se tenga que sustituir una pena privativa de libertad menor de cuatro años con estas sanciones menos lesivas.

4. La ampliación de las penas limitativas de derechos en la jurisprudencia peruana

14 La Tercera Sala Penal de Apelaciones, en el Exp. N° 06094-2014-Arequipa de fecha 4 de mayo de 2017, declaró fundada la apelación interpuesta por la defensa técnica del imputado en contra de la sentencia de fecha 26 de octubre de 2016, que lo declara autor del delito de omisión a la asistencia familiar, imponiéndole tres años de pena privativa de libertad con el carácter de efectiva. La Sala, por su parte, revoca dicha sentencia, en el extremo que le impone al imputado la pena privativa de libertad efectiva; y, reformándola, los jueces le imponen una pena privativa de libertad de un año y seis meses, la misma que con la aplicación de la *conversión de la pena*, la convierten a setenta y siete jornadas de trabajo a la comunidad.

15 En torno a dicha cuestión, los fundamentos más relevantes de la referida sentencia establecen que:

16 "En atención al pago realizado de la reparación civil fijada, la prolongación de la pena privativa de libertad que viene cumpliendo actualmente, provocaría más efectos negativos, sobre todo si se tiene presente que el sentenciado ya se encuentra afectado por las conductas derivadas de su actuar ilícito, una efectividad de la pena supondría una finalidad meramente retributiva, sin valor constitucional. En este contexto, de conformidad con la facultad discrecional prevista en el último párrafo del artículo 52 del Código Penal y a fin de lograr una prevención especial, sin perjudicar las exigencias propias de prevención general, resulta atendible determinar una conversión de pena privativa de libertad, al no ser posible la condena condicional o la reserva del fallo condenatorio.

17 Convencidos que la pena de prestación de servicios a la comunidad, es la adecuada para el caso presente, se realiza la conversión advirtiendo que siete días de pena privativa de la libertad equivale a una jornada de prestación de servicios de diez horas semanales, conforme al artículo 52 del

Código Penal. Efectuada la operación matemática se tiene que dieciocho meses de pena privativa de la libertad, equivale a setenta y siete jornadas de prestación de servicios, y así corresponde declararlo".

Como podemos ver, la Sala considera que el pago tardío por concepto de 18
reparación civil tiene incidencia directa en la determinación judicial de la pena, dado que esta constituye una atenuante genérica (Art. 46 lit. f CP)[12] del delito de omisión de asistencia familiar. Así también, la Sala hace uso de la facultad discrecional prevista en el primer párrafo del artículo 52[13] del Código Penal, que faculta al juez para la aplicación de la conversión de la pena privativa de libertad a otra de prestación de servicios a la comunidad, a fin de optar por la elevada probabilidad de la resocialización del imputado.

Ahora citaremos otro caso[14] importante: en esta causa penal, los jueces 19
de la Sala Penal Permanente, en el Recurso de Nulidad N° 1100-2015-Cusco, declararon por mayoría que no había nulidad en la sentencia de fecha 19 de marzo de 2015, que condenó a un ciudadano por el delito contra el patrimonio –robo agravado en grado de tentativa– imponiéndole cuatro años de pena privativa de libertad efectiva, que, en aplicación del artículo 52 del Código Penal, fue convertida en doscientos cinco jornadas de prestación de servicios a la comunidad.

En dicha sentencia, la Sala Penal Permanente estableció *cuatro criterios* 20
que los jueces deben tomar en cuenta al momento de valorar judicialmente la conversión de la pena privativa de libertad en una de prestación de servicios a la comunidad: 1) la imposibilidad de aplicar la suspensión de la ejecución de la pena o reserva del fallo condenatorio; 2) que el condenado no registre antecedentes penales y que las circunstancias individuales le permitan sostener al Juez Penal que este no cometerá un nuevo delito al haberse excluido el riesgo de incidencia[15]; 3) la lesión material de la expectativa normativa o del injusto

(12) "Reparar voluntariamente el daño ocasionado o las consecuencias derivadas del peligro generado".

(13) "En los casos que no fuera procedente la condena condicional o la reserva del fallo condenatorio, el juez podrá convertir la pena privativa de libertad no mayor de dos años en otra de multa, o la pena privativa de libertad no mayor de cuatro años en otra de prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres", siempre y cuando se trate de penas privativas concretas. Por último, como podemos apreciar, la conversión de penas responde a un esquema subsidiario.

(14) Sala Penal Permanente (ponente: juez supremo Rodríguez Tineo), Recurso de Nulidad N° 1100-2015, Cusco, pp. 8-9.

(15) Este primer criterio establece que el ciudadano infractor primario debe exponer circunstancias fácticas de que no volverá a defraudar la norma penal y, por otra parte, dicha valoración judicial hecha por el juez, debe realizarse al momento de proceder a la conversión de la pena a una de servicio comunitario.

penal debe ser de mínima entidad a efectos de que la conversión de la sanción penal consiga los fines preventivos de la pena efectiva que debió imponerse; y 4) el deber de cooperación por parte del condenado con la búsqueda de la verdad procesal y la configuración del hecho punible[16]; dejando en claro que los tres primeros criterios son copulativos y el último es alternante.

21 El primer criterio regula la subsidiariedad de la conversión de pena respecto de la suspensión de la ejecución de la pena o la reserva del fallo condenatorio.

22 Respecto al segundo criterio, la Sala Permanente sostiene que, en el caso *sub judice*,

23 "(...) está acreditado que el condenado es un reo primario en tanto que no registra antecedentes penales conforme consta del certificado (...). Asimismo, no advierte características o circunstancias que pueda volver a cometer un nuevo delito en tanto que ha demostrado ser un ciudadano que ha cursado estudios secundarios (...) y que se dedica a la construcción civil conforme se desprende del certificado de fojas ciento veinticuatro".

24 Sobre el tercer criterio, establece que:

25 "Si bien la calificación jurídica que se atribuye es de gravedad; sin embargo, respecto a la materialidad de los hechos este no ha revestido mayor grado de intensidad de afectación a la libertad, integridad física o incluso al patrimonio concreto de la víctima, por el contrario, la lesión ha sido de mínima entidad en tanto que no se acreditó que el procesado portó un arma de fuego que le permita afectar gravemente la libertad o la integridad física de la víctima, así mismo, el dinero que se sustrajo fue devuelto en el instante alcanzando el hecho punible solo el grado de tentativa (...). En este sentido, no habiéndose acreditado lesiones materiales que hayan sido causadas por el procesado a la víctima, ni mucho menos una afectación concreta al derecho del patrimonio de la víctima, la lesión solo se limita al lado formal de la defraudación de la expectativa normativa, en consecuencia esta circunstancia se corresponde con uno de los criterios para disponer la conversión de la pena a una de servicio comunitario".

(16) Este último criterio alternante valora la cooperación voluntaria por parte del imputado que se acogió a la confesión sincera, a la terminación anticipada o a la conclusión anticipada de los debates orales.

Finalmente, en relación al cuarto criterio, la Sala Permanente refiere que: 26

"(...) ha quedado demostrado el cumplimiento del deber de cooperación por parte del procesado, en tanto que a inicio del juicio oral el encausado se acogió a la conclusión anticipada de los debates orales conforme es de apreciarse a fojas doscientos sesenta y uno, situación que conforme con los criterios establecidos en el Acuerdo Plenario 5-2008/CJ-116, así como por lo dispuesto en el artículo cinco de la Ley N° 28122, implica la anticipada culminación del proceso penal, a través de un acto unilateral del acusado y su defensa, de reconocer los hechos descritos en la acusación fiscal, y aceptar las consecuencias jurídicas, penales y civiles que corresponde (principio del consenso)". 27

Asimismo, la Sala también consideró como un argumento adicional para su decisión que el procesado, al momento de sucedidos los hechos, contaba con veintiún años de edad y se encontraba en estado de ebriedad; considerando, además, su confesión sincera, esto es, la admisión de su responsabilidad penal desde el inicio de las investigaciones. Ello, sumado a que el grado del *iter criminis* llegó a una mera tentativa, generó que los jueces decidieran no aumentar la pena solicitada por el Ministerio Público. 28

Por último, la aplicación de las penas limitativas de derechos (*prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres*, previstas en los dos primeros incisos del Art. 31) por los tribunales peruanos se observa en el Recurso de Nulidad N° 607-2015, interpuesto ante la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República. La Sala Transitoria declaró la nulidad de la sentencia del 3 de febrero de 2015, en el extremo que condena al procesado como responsable del delito contra el patrimonio, en la modalidad de robo agravado, en grado de tentativa, imponiéndole cuatro años de pena privativa de libertad efectiva, la cual fue sustituida por una pena limitativa de derechos, que se concretó en doscientos ocho jornadas de prestación de servicios a la comunidad. 29

En el caso en concreto, el imputado había cometido el delito de robo agravado, cuya condena tiene un rango no menor de doce ni mayor de veinte años. La pretensión punitiva fiscal fue de diez años; sin embargo, el imputado, al acogerse a la conclusión anticipada del debate oral, recibió *cuatro años de pena privativa de libertad efectiva*. Ya en instancia casatoria, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República aplicó la conversión de la pena privativa de libertad efectiva por la prestación de servicios a la comunidad, 30

ello de virtud de que la sanción fijada por la Sala Superior fue de corta duración y el delito había quedado en grado de tentativa. Así las cosas, citamos un párrafo de dicha sentencia que resume la utilidad de las penas limitativas de derechos:

31 "Cuando se imponen penas de corta duración (...), el ordenamiento jurídico penal vigente establece como sanciones alternativas a la pena privativa de libertad, la aplicación de penas limitativas de derechos, las mismas que contribuirán a la resocialización del imputado y, sobre todo, permitirán la prestación de servicios a favor del Estado como retribución por el daño causado con la comisión del delito"[17].

III. Consideraciones finales

32 Las penas limitativas de derechos constituyen una respuesta menos perjudicial al imputado, a diferencia de la pena privativa de libertad, puesto que el sujeto procesal purga condena fuera de la cárcel. De esta manera, se da cumplimiento al fin preventivo y resocializador de la pena. Es una forma de cumplimiento más moderna y humanitaria, más aún si recordamos que la pena privativa de libertad es la *ultima ratio* dentro del sistema penal.

33 Por otro lado, dentro de las penas limitativas de derechos tenemos la prestación de servicios a la comunidad, la limitación de días libres y la inhabilitación, siendo que el artículo 32 del Código Penal se refiere, únicamente, a las dos primeras, las cuales, por disposición de dicho precepto legal, podrán aplicarse de manera autónoma, alternativa o sustitutiva a la pena privativa de libertad, en este último caso, siempre que la sanción no sea mayor a cuatro años.

IV. Bibliografía

34 Chang Kcomt, Romy, "Función constitucional asignada a la pena: bases para un plan de política criminal". En: *Derecho PUCP* N° 71, 2013; Navarro Althaus, Martín, "El sistema de penas en el CP peruano de 1991". En: *Anuario de Derecho penal*. Universidad de Friburgo. 1997. Disponible en <https://bit.ly/2Lz5spt>; Presidencia de la Corte Suprema de Justicia de la República (Perú), *Circular para la debida ejecución y cumplimiento de las penas limitativas de derechos de prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres*. Resolución Administrativa N° 164-2013-P-PJ (09/05/2013). Disponible en <https://www.pj.gob.pe/wps/

(17) Sala Penal Transitoria (ponente: Prado Saldarriaga), Recurso de Nulidad N° 607-2015, Lima Norte, p. 3.

wcm/connect/a6905e0040a0d5d9b0f1f53e05a158dc/RA_164_2013_P_PJ+-+24.04.2013.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=a6905e0040a0d5d9b0f1f53e05a158dc>; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, "¿Hay que ejecutar siempre las penas privativas de libertad?". En: *En busca del Derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*. Editorial B de f, Buenos Aires, 2016; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Código Penal comentado*. 3ª edición. Grijley, Lima, 2001; ZAFFARONI, Eugenio, *Derecho penal. Parte general*. Ediar, Buenos Aires, 1999.

§ 33
Duración de las penas limitativas de derechos como penas sustitutivas

NAKIN CRISTIAN ROJAS MONTOYA
Universidad Nacional de Cajamarca
(Perú)

Sumario

		Nm	P			Nm	P
I.	Generalidades	1	575	IV.	El procedimiento de la ejecución de la condena de penas sustitutivas	15	579
II.	Duración de las penas limitativas de derechos como penas sustitutivas	7	577	V.	La aplicación de las penas sustitutivas según el informe del Instituto Nacional Penitenciario peruano	17	580
III.	Los presupuestos del contenido de la sentencia condenatoria que impone las penas sustitutivas	11	578	VI.	Conclusión	20	580
				VII.	Bibliografía	23	581

§ 33.- Duración de las penas limitativas de derechos como penas sustitutas

"La duración de la pena de prestación de servicios a la comunidad y limitativa de días libres se fijará, cuando se apliquen como sustitutivas de la pena privativa de libertad, de acuerdo con las equivalencias establecidas en el artículo 52".

I. Generalidades

Como ya se ha dicho en otro lugar[1], las penas sustitutivas surgen como consecuencia de las corrientes académicas que venían surgiendo en los congresos internacionales (Primer Congreso Penitenciario Internacional reunido en Londres en 1872, Congreso Penitenciario Internacional de Roma de 1855, Congreso Latinoamericano de Derecho penal de Buenos Aires de 1938, entre otros)[2], en los cuales se criticaba severamente la aplicación de la pena privativa de la libertad en delitos con penas de corta duración. Fue así como la mayoría de Estados, progresivamente, fueron incluyendo en sus ordenamientos jurídicos a las penas sustitutivas. 1

(1) *Vide supra* comentario al artículo 31.
(2) ABAD CONTRERAS, J., *Alternativas a la privación de libertad clásica. La prestación de servicios a la comunidad y la limitación de días libres*, p. 29.

2 Como se puede apreciar, hasta el día de hoy los diversos Estados forman parte de un proceso mundial que tiende a restringir la pena privativa de la libertad para sustituirla por otras sanciones no privativas de libertad, con el fin de que el sentenciado se mantenga en su propio entorno, preserve sus contactos sociales y fortalezca su responsabilidad de cara a su vida futura[3].

3 Ahora, dichas penas sustitutivas están respaldadas internacionalmente por las Reglas de Tokio[4], que establecen, como uno de sus objetivos fundamentales, que los Estados miembros introduzcan medidas no privativas de la libertad en sus respectivos ordenamientos jurídicos para proporcionar otras opciones y, de esa manera, reducir la aplicación de las penas de prisión (art. 1 inciso 1.5, de las Reglas de Tokio).

4 Teniendo presente estos antecedentes, ZAFFARONI conceptualiza las penas sustitutivas como: "(...) instrumentos de sanción penal, que buscan una alternativa al encarcelamiento de los condenados, en atención a la necesidad de armonizar el objetivo sancionador de la pena con los fines resocializadores de la misma"[5], ya que, como se sabe, "el encierro institucional, conforme a todas las investigaciones contemporáneas, es siempre deteriorante, especialmente si es prolongado"[6].

5 Teniendo ya claro el concepto de las penas sustitutivas, ahora nos enfocaremos en la legislación penal peruana que reguló, por primera vez, la prestación de servicios a la comunidad y la limitación de días libres en el Código Penal de 1991, que, por cierto, tuvo como fuente legislativa extranjera al Código Penal brasileño de 1984.

6 Finalmente, la duración de las penas sustitutivas en dicho cuerpo normativo está regulada en el artículo 33, norma que procederemos a comentar en los siguientes párrafos.

(3) HUBER, B., "Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad (Sobre la discusión en torno a las penas ambulatorias y de contenido comunitario)". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* T. 47, p. 156.

(4) Las Reglas mínimas de las Naciones Unidad sobre medidas no privativas de la libertad o Reglas de Tokio fueron aprobadas por la Asamblea General el 14 de diciembre de 1990.

(5) ESCOBAR, R., "Medidas sustitutivas a la pena de privación de libertad". En: *Derechos y Humanidades* N° 18, p. 45.

(6) ZAFFARONI, E., "La filosofía del sistema penitenciario en el mundo contemporáneo". En: *Temis* N° 35, p. 191.

II. Duración de las penas limitativas de derechos como penas sustitutivas

El artículo *in comento* se pronuncia de manera específica por la aplicación sustitutiva de la prestación de servicios a la comunidad y la pena limitativa de días libres. Dichas penas, conforme a la remisión contenida en el artículo 33 del Código Penal, se fijan de acuerdo a lo establecido en el artículo 52[7] del mismo cuerpo normativo, que regula, en el primer párrafo, las equivalencias de los días de privación de libertad a las jornadas de prestación de servicios, de la siguiente manera: 7

Cuadro N° 1

Aplicación sustitutiva de las penas de prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres		
(7) días de privación de libertad	⇨	(1) jornada de prestación de servicios a la comunidad.
	⇨	(1) jornada de limitación de días libres.

Dichas penas, a pesar de imponerse sustitutivamente, no perderán su modalidad ejecutiva, regulada, al igual que las demás penas, por el Código de Ejecución Penal. Así, el artículo 119 del citado Código establece que la pena de prestación de servicios a la comunidad obliga al penado a trabajos gratuitos en entidades asistenciales, hospitalarias, escuelas, orfanatos y otras instituciones similares y obras públicas; por lo que, para su imposición, deben tomarse en cuenta las aptitudes, ocupación u oficio, edad y estado de salud del penado. Asimismo, de acuerdo a dicha normativa, la prestación de servicios se realiza, preferentemente, en el lugar del domicilio del penado (Art. 120) y de manera supervisada por la administración penitenciaria, que es la encargada de informar periódicamente al juez que conoció del proceso y al representante del Ministerio Público (Art. 121). 8

(7) Artículo 52 del Código Penal: "En los casos que no fuera procedente la condena condicional o la reserva del fallo condenatorio, el juez podrá convertir la pena privativa de libertad no mayor de dos años en otra de multa, o la pena privativa de libertad no mayor de cuatro años en otra de prestación de servicios a la comunidad, o limitación de días libres, a razón de un día de privación de libertad por un día de multa, siete días de privación de libertad por una jornada de prestación de servicios a la comunidad o por una jornada de limitación de días libres.
Igualmente, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, convertir la pena privativa de libertad en pena de vigilancia electrónica personal, a razón de un día de privación de libertad por un día de vigilancia electrónica personal, en concordancia con el inciso 3 del artículo 29-A del presente Código".

9 Lo mismo sucede con la pena de limitación de días libres, cuya ejecución se encuentra, también, regulada por el Código de Ejecución Penal, el cual establece que el sentenciado a la pena de limitación de días libres permanecerá los días sábados, domingos y feriados, por el tiempo que determina la sentencia, en un establecimiento organizado con fines educativos a cargo de la administración penitenciaria (Art. 122).

10 Ahora bien, el término que deberá durar la ejecución de dicha pena, cuando es aplicada en calidad de sustitutiva, se fijará en virtud de lo establecido en el artículo 52 del Código Penal, que, como hemos visto *supra*, prescribe las equivalencias de los días de privación de libertad con las jornadas de prestación de servicios a la comunidad o con las jornadas de limitación de días libres, siempre, claro está, bajo la discrecionalidad del juez[8].

III. Los presupuestos del contenido de la sentencia condenatoria que impone las penas sustitutivas

11 Conforme al artículo 7 del Decreto Legislativo N° 1191, la sentencia condenatoria, sea firme o ejecutoriada, que impone una pena limitativa de derechos, sea de prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres, además de los requisitos exigidos por ley, debe consignar expresamente los siguientes presupuestos:

12 a) El número exacto de jornadas que el sentenciado debe cumplir como pena de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres.

13 b) Dispondrá que el condenado se apersone dentro de los cinco (5) días hábiles de leída o notificada la sentencia a la Dirección de Medio Libre, sus órganos desconcentrados o los que hagan sus veces, que tengan jurisdicción geográfica del domicilio real donde resida el sentenciado o donde ejerza su actividad laboral permanente, de ser el caso.

14 c) El apercibimiento expreso de convertir o revocar, según corresponda, la pena limitativa de derechos por una privativa de libertad, en caso de que el sentenciado se encuentre en la situación de resistencia o abandono.

(8) Bramont Arias, L. / Bramont-Arias Torres, L., *Código Penal anotado*. En dicho libro se señala que para la sustitución de la pena privativa de la libertad, el juzgador debe tener en cuenta factores como lo innecesario de la reclusión, que sería la característica principal de la pena privativa de la libertad, así como también que por razones preventivas, tanto generales como especiales, no es conveniente imponer una pena privativa de la libertad, sino una limitativa de derechos.

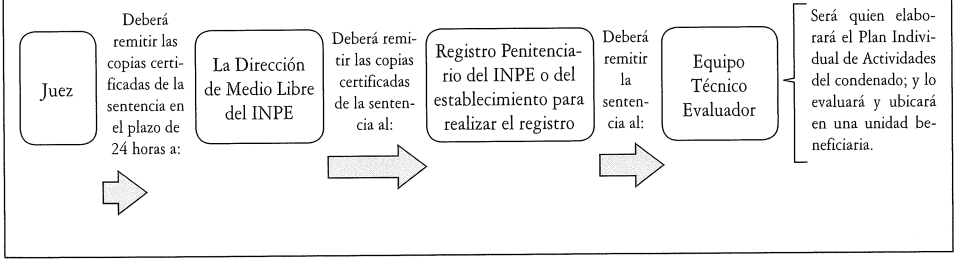
IV. El procedimiento de la ejecución de la condena de penas sustitutivas

El procedimiento de la ejecución de la condena de penas sustitutivas se encuentra regulado en el capítulo V del *Reglamento del Decreto Legislativo N° 1191, que regula la ejecución de las penas de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres* (en adelante, el Reglamento). Dicho reglamento establece que, una vez que haya quedado consentida o ejecutoriada la sentencia, el juez remitirá, en un plazo no mayor de veinticuatro horas y bajo responsabilidad funcional, las copias certificadas de la sentencia a la Dirección de Medio Libre para su inscripción en el registro respectivo, así como a sus órganos desconcentrados o los que hagan sus veces a efectos de que procedan conforme a sus atribuciones (primer párrafo del Art. 30 del Reglamento). 15

En este punto, es necesario indicar que la Dirección de Medio Libre del INPE (Instituto Nacional Penitenciario) está encargada de diseñar, organizar, conducir, evaluar, inspeccionar y supervisar la ejecución de las penas sustitutivas *in comento* (Art. 5 del Reglamento). En tal sentido, dicho órgano, una vez que haya recibido las copias certificadas de la sentencia consentida o ejecutoriada, deberá remitirlas al Registro Penitenciario del INPE o del establecimiento para el registro correspondiente y este a su vez, las remitirá –en última instancia– al Equipo Técnico Evaluador, para que, en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles (salvo circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito), realice la evaluación y ubicación correspondiente del condenado en una unidad beneficiaria, previa evaluación y diseño del Plan Individual de Actividades, a fin de que el condenado pueda cumplir con la prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres impuesta por el magistrado (Arts. 31 al 36 del Reglamento): 16

Cuadro N° 2

Procedimiento de la ejecución de la condena a penas sustitutivas (arts. 30 al 36 del Reglamento)



V. La aplicación de las penas sustitutivas según el informe del Instituto Nacional Penitenciario peruano

17 El último informe estadístico penitenciario[9] (junio 2018) elaborado por la Oficina de Planeamiento y Presupuesto y la Unidad de Estadística del Instituto Nacional Penitenciario dio a conocer a la ciudadanía, a través de la Dirección de Medio Libre[10], los siguientes datos: i) La población penitenciaria está conformada por 107 078 personas; y ii) existen 11 807 personas sentenciadas a penas limitativas de derechos; lo que permite deducir que, en el Perú, las penas limitativas de derechos se aplican, aproximadamente, a una décima parte de la población penitenciaria; es decir, existe un escaso uso a dichas penas. Ahora, dentro de la décima parte, solo el 41 % cumple con la pena impuesta, por lo que el 59 % de sentenciados no cumplen con la sanción impuesta por diversas razones (abandono, optan por un trabajo remunerado, entre otros), lo que lleva a que en el informe se afirme lo siguiente:

18 "Las penas limitativas de derechos o las medidas alternativas son fácilmente vulnerables y difícilmente controlables, por lo que es necesario realizar un trabajo conjunto para encontrar el mecanismo que garantice un mejor control de estas personas".

19 En efecto, es indispensable la implementación de un mecanismo que permita controlar a las personas sentenciadas a penas limitativas de derechos, para que cumplan con la sanción impuesta, de tal manera que los imputados no pasen a formar parte de la población penitenciaria, que cumple su pena intramuros.

VI. Conclusión

20 Desde los años cincuenta, en los Estados han identificado y discutido sobre la crisis de la pena privativa de libertad. Dichas discusiones han calado en el mundo académico, habiendo conformado la agenda de los congresos internacionales, en los cuales se ha vertido una serie de propuestas, que han sido recogidas por instrumentos normativos nacionales e internacionales, como las Reglas de Tokio de 1990, aprobadas por la Asamblea Nacional de las Naciones Unidas. Dicha norma fue expedida con el fin de promover la aplicación

(9) Instituto Nacional Penitenciario, *Informe Estadístico Penitenciario junio, 2018.*

(10) La Dirección de Medio Libre es un equipo de profesionales conformado por especialistas en áreas de psicología, trabajo social, derecho, educación y otras. Están comprometidos con la reinserción social de las personas que estuvieron recluidos en penales, pero que ahora cumplen el resto de sus condenas en libertad. Además, se encargan de aquellos que recibieron penas alternativas al encierro dictadas por el juez, gracias a la obtención de los beneficios penitenciarios.

preferente de las medidas no privativas de la libertad, de tal manera que el sentenciado pueda resocializarse y reinsertarse de forma exitosa en la sociedad, pudiéndose verificar si este llega a cumplir las expectativas sociales de aprender a vivir en libertad respetando los derechos fundamentales de los demás, pues, en palabas de COYLE. "Un recluso rehabilitado no es quien aprende a sobrevivir bien en una prisión, sino quien logra vivir en el mundo exterior después de su puesta en libertad"[11].

En efecto, dichos congresos y reglas internacionales han sido acogidos en 21
las legislaciones penales por diversos Estados, entre ellos, el Estado peruano. El Código Penal peruano acoge las penas sustitutivas en los artículos 31 al 35; y en el artículo 33 regula la duración de las penas de prestación de servicios a la comunidad y limitativa de días libres, cuando son aplicadas de manera sustitutiva, remitiéndonos para ello a las equivalencias establecidas en el artículo 52 del Código Penal (siete días de privación de libertad equivale a una jornada de prestación de servicios a la comunidad o a una jornada de limitación de días libres).

Por último, podemos colegir que la aplicación de las penas sustitutivas 22
en el Perú es mínima y, hasta el día de hoy, no se ha conseguido la finalidad preventiva de la pena, ello corroborado con el último informe emitido por el Instituto Nacional Penitenciario, el cual evidencia que las penas limitativas de derechos se aplican solo a la décima parte de la población penitenciaria, de la cual, a su vez, solo el 41 % cumple con la pena impuesta. Por ello, es necesaria la implementación de un mecanismo o programa que permita la supervisión del cumplimiento de esta pena por los sentenciados, así como el seguimiento respectivo, a fin de que los magistrados no terminen, inexorablemente, aplicando una pena no privativa de libertad que resulta excesiva y perjudicial para la reinserción del imputado a la sociedad.

VII. Bibliografía

ABAD CONTRERAS, Jorge, *Alternativas a la privación de libertad clásica. La prestación de servicios a la comunidad y la limitación de días libres*. Grijley, Lima, 2004; BRAMONT ARIAS, Luis / BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis, *Código Penal anotado*. San Marcos, Lima, 1995; ESCOBAR, Rodrigo, "Medidas sustitutivas a la pena de privación de libertad". En: *Derechos y Humanidades* N° 18. Universidad Javeriana, Bogotá, 23

(11) FERNÁNDEZ BERMEJO, D., "El fin constitucional de la reeducación y reinserción social ¿un derecho fundamental o una orientación política hacia el legislador español? En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* Vol. LXVII, p. 369.

2011; Fernández Bermejo, Daniel, "El fin constitucional de la reeducación y reinserción social ¿un derecho fundamental o una orientación política hacia el legislador español? En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* Vol. LXVII, 2014; Huber, Barbara, "Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad (Sobre la discusión en torno a las penas ambulatorias y de contenido comunitario)". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* T. 47, Fasc./Mes 3, 1994. Disponible en <https://bit.ly/2x7q0Rj>; Instituto Nacional Penitenciario, *Informe Estadístico Penitenciario junio, 2018*. Disponible en <https://www.inpe.gob.pe/revistas/estadistica/2018/junio/mobile/index.html>; Zaffaroni, Eugenio, "La filosofía del sistema penitenciario en el mundo contemporáneo". En: *Temis* N° 35, 1997. Disponible en <https://bit.ly/2PAZxma>.

§ 34
Pena de prestación de servicios a la comunidad

NAKIN CRISTIAN ROJAS MONTOYA
Universidad Nacional de Cajamarca
(Perú)

Sumario

	Nm	P
I. Antecedentes normativos	1	584
1. Antecedentes normativos en el Derecho penal comparado	1	584
2. Antecedentes normativos en la legislación penal peruana	2	585
II. Análisis de la pena de prestación de servicios a la comunidad regulada en el artículo 34 CP	4	585
1. Naturaleza de las instituciones preponderantes donde se cumple la pena de prestación de servicios a la comunidad (inc. 1)	4	585
2. Naturaleza de las instituciones que, en forma subsidiaria, pueden constituir centros de cumplimiento de la pena de prestación de servicios a la comunidad (inc. 2)	16	588
3. Criterios para determinar el tipo de servicios a la comunidad que debe brindar el condenado (inc. 3)	20	589
4. Cumplimiento excepcional de la pena de servicios a la comunidad durante los días hábiles de la semana (inc. 4)	25	591
5. Extensión de la pena de prestación de servicios a la comunidad (inc. 5)	26	591
6. Procedimiento de la asignación de los lugares y supervisión del desarrollo de la prestación de servicios	28	592
III. Postura crítica respecto de la aplicación de la prestación de servicios a la comunidad	30	592
IV. Conclusiones	35	594
V. Bibliografía	36	594

§ 34. Prestación de servicios a la comunidad

"*34.1. La pena de prestación de servicios a la comunidad obliga al condenado a trabajos gratuitos en entidades asistenciales, hospitalarias, escuelas, orfanatos, otras instituciones similares u obras, siempre que sean públicos.*

34.2. La pena de prestación de servicios a la comunidad también puede ejecutarse en instituciones privadas con fines asistenciales o sociales.

34.3. Los servicios son asignados, en lo posible, conforme a las aptitudes del condenado, debiendo cumplirse en jornadas de diez horas semanales, entre los días sábados, domingos o feriados, de modo que no perjudiquen la jornada normal de su trabajo habitual.

34.4. El condenado puede ser autorizado para prestar estos servicios en los días hábiles semanales, computándose la jornada correspondiente.

34.5 Esta pena se extiende de diez a ciento cincuenta y seis jornadas de servicios semanales, salvo disposición distinta de la ley.

34.6 La ley y las disposiciones reglamentarias correspondientes establecen los procedimientos para asignar los lugares y supervisar el desarrollo de la prestación de servicios".

I. Antecedentes normativos

1. Antecedentes normativos en el Derecho penal comparado

1 La propuesta de reforma que buscaba que la pena de prestación de servicios a la comunidad sea una pena sustitutiva de la pena privativa de libertad surgió en los años sesenta en los países de Alemania, Holanda e Inglaterra. En Inglaterra, se incorporó la pena de prestación de servicios a la comunidad debido a la "superpoblación carcelaria" devenida de la Segunda Guerra Mundial(1). Ante tal situación, el legislador inglés optó por reducir el envío de sentenciados a los centros penitenciarios mediante la *Community Service Order* regulada en la *Criminal Justice Act de 1972,* como una alternativa a la pena privativa de libertad. Este tipo de pena alternativa no solo fue acogido en el sistema jurídico-penal de Inglaterra, sino también en los sistemas punitivos de países como Italia (trabajo al servicio social, ley del 26 de julio de 1975), Francia (trabajo de interés general, ley del 19 de junio de 1983), Brasil (prestación de servicios a la comunidad, Art. 43 del Código Penal brasileño de 1984) y España (trabajo en beneficio a la comunidad, Código Penal español de 1996)(2).

2. Antecedentes normativos en la legislación penal peruana

2 En el Perú, se reguló por primera vez la pena de prestación de servicios a la comunidad en el Código Penal de 1991, vigente a la fecha, que conceptualiza a esta consecuencia jurídica penal como una pena limitativa de derechos que obliga al ciudadano condenado a trabajar de manera gratuita en instituciones públicas o privadas –sean asistenciales o sociales–, con la finalidad de que este pueda resocializarse y reinsertarse a la sociedad, sin necesidad de ser privado de su libertad. Como se puede apreciar, la ejecución de esta pena "exige una estrecha vigilancia que verifique que el delincuente realiza el trabajo

(1) Renart García, F., "La pena de trabajo en beneficio de la comunidad desde una perspectiva comparada". En: Hurtado Pozo, J. (coordinador), *El sistema de penas del nuevo Código Penal,* p. 177.

(2) Abad Contreras, J., *Alternativas a la privación de libertad clásica. La prestación de servicios a la comunidad y la limitación de días libres,* pp. 32-69.

exigido y que no es ni explotado ni obligado a trabajar más de lo exigido o en condiciones inaceptables"[3], ello a fin de que el sentenciado no abandone el cumplimiento de la sanción impuesta y sea, posteriormente, enviado a prisión.

Así, realizando una exégesis de dicho dispositivo normativo, se ha disgre- 3
gado de la siguiente manera:

Cuadro N° 1

Prestación de servicios a la comunidad	Objetivo	Obligar al condenado a realizar trabajos gratuitos en entidades asistenciales, hospitalarias, escuelas, orfanatos, otras instituciones similares u obras, siempre que sean públicos.
	Ejecución	Puede ejecutarse en instituciones públicas o privadas con fines asistenciales o sociales.
	Asignación	Se asignan conforme a las aptitudes del condenado, debiendo cumplirse en jornadas de diez horas semanales, entre los días sábados y domingos. El condenado puede ser autorizado para prestar servicios en los días hábiles semanales, computándose la jornada correspondiente.
	Extensión	De diez (10) a ciento cincuenta y seis (156) jornadas de servicios semanales.
	Procedimientos	La ley y las disposiciones reglamentarias establecen los procedimientos para asignar los lugares y supervisar el desarrollo de la prestación de servicios.

II. Análisis de la pena de prestación de servicios a la comunidad regulada en el artículo 34 CP

1. Naturaleza de las instituciones preponderantes donde se cumple la pena de prestación de servicios a la comunidad (inc. 1)

El inciso 1 del artículo 34 regula importantes cuestiones de la pena de 4
prestación de servicios a la comunidad.

(3) Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Manual de principios básicos y prácticas prometedoras en la aplicación de Medidas sustitutivas del encarcelamiento*, p. 44.

5 En primer lugar, el inciso 1 del artículo 34 CP establece la naturaleza jurídica de la consecuencia que deriva de la imposición de la pena de prestación de servicios a la comunidad. En torno a dicha problemática, el inciso 1 del artículo 34 consagra que el condenado tiene la obligación de realizar trabajos gratuitos en entidades públicas. Dicho trabajo consiste en la concreta realización de una labor específica durante un determinado número de horas. Como su título sugiere, este trabajo debe expresarse en la prestación de un servicio concreto a la comunidad. Por lo demás, el juez, antes de dictar una orden de este tipo, debe poseer la seguridad cognitiva que el trabajo se va a realiza con una supervisión adecuada"[4].

6 En segundo lugar, el inciso 1 del artículo 34 (en concordancia con el Art. 9 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1191) establece que el trabajo realizado por el condenado no es remunerado, debido a que su labor constituye el cumplimiento de la sanción impuesta al condenado por el perjuicio ocasionado con el delito cometido. En el mismo sentido, el Art. 9 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1191 señala que los servicios prestados por los condenados en la comunidad consisten en actividades no remuneradas en entidades públicas.

7 Una tercera cuestión regulada por el inciso 1 del artículo 34 es la referida a las entidades públicas en las que debe cumplirse la pena de servicios a la comunidad. Al respecto, el inciso 1 del precepto legal aludido establece que dichas instituciones, por un lado, deben estar registradas ante la Dirección de Medio Libre[5] o ante sus órganos desconcentrados o los que hagan sus veces y, por otro lado, deben brindar servicios asistenciales, como los de salud, educación u otros servicios similares que dependan del Gobierno nacional, regional, local o de organismos autónomos[6]. Dichas instituciones públicas –según lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1191– son conocidas como *unidades beneficiarias*.

8 A manera de ilustrar la forma en que operaba décadas atrás la pena de prestación de servicios a la comunidad, pasamos a citar un caso clásico que

(4) Ibídem, p. 43.

(5) La Dirección de Medio Libre es un equipo de profesionales conformado por especialistas en áreas de psicología, trabajo social, derecho, educación, entre otros. Están comprometidos con la reinserción social de las personas que han sido condenadas a penas alternativas al encarcelamiento. Actualmente, su directora es Delia Atuncar Irribari. Ver <https://www.inpe.gob.pe/medio-libre.html>.

(6) Artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1191 que regula la ejecución de las penas de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres.

tuvo lugar en el Estado de Zimbabue. En dicho Estado, a principios de los años noventa, sus autoridades realizaron una encuesta para obtener un perfil de población reclusa a fin de reducir el hacinamiento en las cárceles y los gastos que implicaba mantener una población de reclusos cada vez mayor. La encuesta concluyó que el 60 % de los reclusos cumplían condenas de seis meses o menos y que más del 80 % cumplían condenas de 12 meses o menos, siendo que muchos de ellos cumplían las condenas en la cárcel a pesar de habérseles ofrecido la posibilidad de pagar una multa. De ello se concluyó que los delitos cometidos –en su mayoría– no eran graves y, por tanto, era necesario otro tipo de condenas alternativas, sobre todo para los jóvenes y delincuentes no reincidentes.

Teniendo a la vista dicho panorama, el Ministerio de Justicia redactó una 9
legislación, aprobada en 1992, la cual modificó el Código de Procedimiento Penal para permitir, entre otras cosas, que los jueces ordenaran la prestación de servicios a la comunidad como medida sustitutiva del encarcelamiento en sus sentencias.

Aunque Zimbabue no disponía de un servicio de libertades condiciona- 10
les, se puso en práctica un plan de servicios comunitarios, estableciéndose en 1994 una jerarquía de comités nacionales, provinciales y de distrito, de carácter totalmente voluntario y con una dotación de fondos limitada para un personal reducido. Una parte fundamental del éxito del programa es atribuible a la participación de las comunidades locales a escala de los comités de distrito, en los que los representantes de instituciones locales ofrecen a los delincuentes posibilidades de realizar servicios comunitarios. Al no disponerse de funcionarios encargados del régimen de libertades condicionales, estas instituciones de destino –por ejemplo, clínicas, escuelas u hospitales– piden al juez que envíe delincuentes con órdenes de prestar servicios a la comunidad para que trabajen en ellas. Los delincuentes son sentenciados por los magistrados a realizar un determinado número de horas de servicios a la comunidad, basándose en un protocolo que oscila entre 35 horas y un máximo de 420, lo que representa un equivalente aproximado de lo que podría haber sido una sentencia de cárcel de uno a 12 meses. Los oficiales encargados de los servicios a la comunidad vigilan el cumplimiento de la orden judicial y comunican las infracciones al juez. Aproximadamente el 91 % de las 18 000 personas condenadas a realizar servicios comunitarios en régimen de prueba durante los cuatro primeros años de vigencia del programa completaron con éxito sus prestaciones, mostrando los resultados iniciales una tasa de reincidencia mucho más baja. El programa cuesta 20 dólares mensuales por persona, una quinta o una sexta parte del costo estimado del encarcelamiento de un delincuente durante un mes.

11 Debido a su éxito y también, en parte, a que el programa de servicios a la comunidad refleja que estos servicios y el resarcimiento de las víctimas responden a un enfoque más tradicional de la justicia, otros países africanos y de otros continentes han adoptado el modelo de servicios comunitarios de Zimbabue(7).

12 En el caso citado, podemos apreciar que los condenados cumplieron con éxito sus servicios a la comunidad, gracias a la existencia de un trabajo coordinado con las instituciones locales de dicho lugar (colegios, hospitales, etc.); corroborándose ello con el abrumador 91 % de sentenciados que cumplieron a cabalidad con las prestaciones encomendadas.

13 De este caso se pueden resaltar dos puntos esenciales:

14 a) Los magistrados deben optar, preferentemente, por la prestación de servicios a la comunidad como pena sustitutiva al encarcelamiento.

15 b) Es importante la participación de los representantes de las comunidades locales (instituciones públicas o privadas) para ofrecer a los condenados la posibilidad de realizar servicios comunitarios.

2. Naturaleza de las instituciones que, en forma subsidiaria, pueden constituir centros de cumplimiento de la pena de prestación de servicios a la comunidad (inc. 2)

16 Si bien es cierto que en el apartado anterior se establece que la labor brindada debería realizarse en instituciones que sean de naturaleza pública, también lo es que el inciso 2 del artículo 34 CP manifiesta que dicha prestación puede efectuarse, además, en instituciones privadas; las mismas que pueden ser consideradas *unidades beneficiarias,* siempre y cuando no tengan fines lucrativos y brinden servicios asistenciales o sociales (Art. 4 del D. Leg. N° 1191).

17 Respecto a las instituciones privadas no lucrativas que brindan *servicios asistenciales*, estas vendrían a ser aquellas que tienen personería jurídica y patrimonio privado, pero brindan servicios de asistencia en diferentes rubros o ámbitos (salud, educación, adicción, rehabilitación, etc.) ante la ausencia o carencia de instituciones públicas(8). Asimismo, en cuanto a las instituciones

(7) Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Manual de principios básicos y prácticas prometedoras en la aplicación de Medidas sustitutivas del encarcelamiento. Op. Cit.*, p. 45.

(8) Prado Saldarriaga, V., *Medidas alternativas a la pena privativa de libertad.*

privadas no lucrativas que brindan *servicios sociales*, tenemos a las organizaciones independientes del gobierno de un país, como las Organizaciones No Gubernamentales (ONG) que, generalmente, se encuentran dedicadas a una labor específica, como la defensa del medio ambiente, protección de personas vulnerables, entre otros objetivos sociales.

Es necesario señalar que, al haberse regulado que los servicios a la comu- 18
nidad "también pueden ejecutarse en instituciones privadas", se está prescribiendo que se debe optar, preferentemente, por las instituciones públicas para la ejecución de la prestación de servicios a la comunidad y, en caso de que no sea factible optar por dichas instituciones, ya sea por motivos de ausencia, distancia o diversas atingencias que puedan concurrir durante la evaluación que afecten la futura labor del ciudadano condenado, se optará por destinar al sentenciado a que cumpla su pena en una institución privada.

Finalmente, el servicio en beneficio de la comunidad, ya sea en una insti- 19
tución pública o privada, se prestará en una localidad donde resida habitualmente el condenado o, en su caso, donde ejerza una actividad laboral o educacional permanente(9), a fin de no poner trabas al sentenciado en el cumplimiento de la pena, puesto que, si se lo ubica en una localidad lejana, en vez de lograr la resocialización del condenado, por el contrario, se logrará elevar los costos del traslado a la localidad (por ejemplo, el costo de los pasajes) y con ello, elevar las probabilidades de que el condenado abandone la labor encomendada y, ante dicha conducta, el juez competente revoque –según los artículos 53 y 55 CP– la pena de prestación de servicios a la comunidad por una de pena privativa de libertad, utilizando los apremios que la ley le faculta (Art. 6, lit. "E" del D. Leg. N° 1191).

3. Criterios para determinar el tipo de servicios a la comunidad que debe brindar el condenado (inc. 3)

El inciso 3 del artículo 34 CP establece dos criterios para determinar el 20
tipo de servicio a la comunidad que debe prestar el condenado en el marco del cumplimiento de su condena.

El primer criterio está vinculado a la consideración de las aptitudes del 21
condenado. En efecto, la norma establece que los servicios deben ser asignados

(9) Artículo 10 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1191.

conforme a las aptitudes[10] del condenado; en otras palabras, el condenado tendrá que poseer la capacidad y disposición para cumplir con las jornadas de trabajo impuestas por el magistrado competente.

22 Sobre dicha problemática, el inciso 3 del artículo 34, en concordancia con el artículo 8 del Decreto Legislativo N° 1191, ha establecido que, si bien la imposición de la pena de prestación de servicios a la comunidad está a cargo del juzgador y la asignación a la institución beneficiada está a cargo del INPE (Dirección de Medio Libre), la asignación de los servicios debe basarse, en lo posible, en las aptitudes del condenado, las cuales serán determinadas por parte del Equipo Técnico Evaluador u otro órgano competente mediante una evaluación. Ello deberá basarse en la realización de una entrevista al condenado antes de ser asignado a una determinada unidad beneficiaria. Así, por ejemplo, si el condenado fuera docente, se lo deberá asignar a una institución educativa, en donde pueda efectuar labores propias de su profesión, aprovechando, así, sus conocimientos y capacidades en beneficio de la sociedad.

23 El segundo criterio está relacionado al respeto de las jornadas de trabajo. Comforme a dicha exigencia, la consignación del número exacto de jornadas de prestación de servicios a la comunidad que el sentenciado debe cumplir constituye un acápite necesario de toda sentencia que imponga este tipo de penas; de lo contrario, el magistrado sentenciador incurrirá en responsabilidad funcional por contravenir lo prescrito en el artículo 7 del Decreto Legislativo N° 1191.

24 Así, la prestación de servicios a la comunidad se cumple en jornadas de diez (10) horas semanales entre los días sábados, domingos o feriados, en entidades educativas, psicológicas, de formación laboral o culturales, tendientes a la rehabilitación del condenado[11]. Lo ideal es que se imponga, preferentemente, el cumplimiento de la pena solo los fines de semana, pues de imponerse entre los días lunes y viernes, se perjudicaría, enormemente, la jornada de trabajo habitual del sentenciado; sin embargo, como se verá en el parágrafo siguiente, en algunos casos, el condenado es quien elige los días en que realizará sus servicios a la comunidad, ya sea los fines de semana o durante los días hábiles.

(10) Según GOODRAE, la aptitud es la capacidad y disposición para el buen desempeño en una determinada actividad.

(11) Artículo 2 literal a) del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1191.

4. Cumplimiento excepcional de la pena de servicios a la comunidad durante los días hábiles de la semana (inc. 4)

25 Como se ha señalado en el apartado anterior, si bien la norma establece que los servicios a la comunidad impuestos al sentenciado se efectuarán en una unidad beneficiaria en días no laborables (sábados, domingos o feriados), la prestación de servicios a la comunidad también se puede efectuar –a pedido del sentenciado– entre los días lunes y viernes, ya sea porque el condenado ostenta de tiempo libre o no trabaja durante los días hábiles. Lo relevante –en este punto– es la autorización que otorga la Dirección de Medio Libre, puesto que el condenado, si bien tendría capacidad de ir a prestar su jornada de servicios entre los días lunes y viernes, puede darse el caso de que la institución no requiera apoyo durante esos días, situación que obligará al INPE, como órgano ejecutor, a coordinar con las instituciones beneficiarias los días en que el sentenciado prestará sus servicios[12].

5. Extensión de la pena de prestación de servicios a la comunidad (inc. 5)

26 La extensión de la pena de prestación de servicios a la comunidad se extiende entre las diez a ciento cincuenta y seis jornadas de servicios semanales, esto es, entre las cien (100) y mil quinientas sesenta (1560) horas aproximadamente, en las cuales el condenado tendrá que cumplir con las jornadas durante los fines de semana o días hábiles.

27 Al respecto, es importante recomendar a los magistrados que aplican la pena sustitutiva de prestación de servicios a la comunidad que en los delitos de mínimo reproche no se impongan jornadas de trabajo excesivas, puesto que, sumando la carga familiar, laboral y muchas veces académica, el sentenciado carecerá del tiempo necesario para cumplir sus demás obligaciones, pudiendo, incluso, poner en riesgo su desarrollo personal, familiar y social; cuestión que dejaría sin asidero alguno a este tipo de penas, que tiene, justamente, como fin la sanción del transgresor sin afectación a sus relaciones sociales. En efecto, la imposición de una sanción exacerbada, sin tomar en cuenta las circunstancias personales del sentenciado, no solo perjudicaría sus relaciones sociales, sino incluso el efectivo cumplimiento de la pena impuesta por parte del condenado, ya que existiría una alta probabilidad de que este

(12) Peña-Cabrera Freyre, A., *Derecho penal peruano. Parte general: teoría de la pena y las consecuencias jurídicas del delito. Segunda parte.*

se resista o incurra en abandono del servicio impuesto y, en consecuencia, se tenga que revocar la pena de prestación de servicios a la comunidad por una pena privativa de libertad.

6. Procedimiento de la asignación de los lugares y supervisión del desarrollo de la prestación de servicios

28 Para conocer, meticulosamente, los procedimientos seguidos para la asignación de los lugares en que se prestarán los servicios a la comunidad y para la supervisión del cumplimiento de estas penas, en esencia, es necesario acudir a los siguientes instrumentos:

29 El Código de Ejecución Penal; el Decreto Legislativo N° 1191, que regula la ejecución de penas de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres; el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1191, que regula la ejecución de penas de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres; y, normativas que rigen al Instituto Nacional Penitenciario; entre otros.

III. Postura crítica respecto de la aplicación de la prestación de servicios a la comunidad

30 Evidentemente, la utilización de esta medida no privativa de libertad constituiría –teóricamente– una lucha frontal contra la cultura eminentemente carcelaria de nuestro país, porque su fin es (sería) el fomento de alternativas distintas a la pena más lesiva de nuestro ordenamiento jurídico, la pena privativa de libertad. No obstante, en el plano práctico, la gran mayoría de ciudadanos que teóricamente pueden ser condenados con esta pena son sentenciados con una pena privativa de libertad. Con ello se convierte a esta pena en una mera manifestación de un derecho minimalista simbólico, que, en sentido contrario al Derecho penal simbólico común, pretende dar un mensaje al mundo académico y a los organismos internacionales de que se está reformando nuestro sistema penal con postulados garantistas, pero, en la práctica, tales reformas han dimanado en letra muerta sobre papel mojado.

31 En efecto, en la práctica, la pena de prestación de servicios a la comunidad no es optada –preferentemente– por los magistrados, ya que menos del 10 % de ciudadanos han sido condenados al cumplimiento de esta pena no privativa de libertad. Ello constituye uno de los factores decisivos por los cuales se genera una sobrepoblación penitenciaria y una sociedad más

resentida. Por otro lado, el inadecuado funcionamiento de la pena de prestación de servicios a la comunidad es otro problema real en el Perú, dado que, según el informe citado anteriormente, del total de sentenciados a penas limitativas de derechos, la gran mayoría no cumple la pena impuesta por diversas razones.

En este sentido, resulta oportuno citar lo señalado por HUBER, donde se 32
refiere que:

> "[E]l mal de la pena reside en la privación del tiempo libre del delincuente. 33
> Junto a ello se llama la atención, también, sobre el carácter reparador que el trabajo social representa para la comunidad. (...). Los argumentos que sirven de sustento a esta sanción han sufrido un cambio importante en los últimos tiempos. Se ha tomado distancia, de los ambivalentes fines de retribución, reparación simbólica y rehabilitación. En la actualidad el servicio en favor de la comunidad se impone, sin ambigüedades, como una reacción punitiva, lo que se demuestra tanto porque la cantidad de horas de trabajo depende de la gravedad del hecho cometido, como porque el incumplimiento de las condiciones del trabajo conduce, consecuentemente, a la imposición de otras penas. Cerca de un tercio de las órdenes no cumplidas acaban en una pena privativa de libertad. Se la considera una pena vinculada a la comunidad relativamente severa, aplicable a delitos de mediana gravedad, es decir, aquellos en los que la multa aparece como una consecuencia demasiado leve y la pena privativa de libertad como demasiado grave"[13].

Como se aprecia, el mal funcionamiento de la pena de prestación de ser- 34
vicios a la comunidad es un problema que se ha prolongado debido a la poca atención que se presta a su correcta aplicación, cuestión que mejoraría si, por un lado, los jueces estuvieran más informados sobre la disponibilidad y las relaciones personales del inculpado antes de sentenciar a una persona y si por otro lado, la normativa previera una conveniente estructuración de los órganos del trabajo social y su correspondiente apoyo a través de instituciones de carácter sociopedagógico y psicológico[14].

(13) HUBER, B., "Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad (Sobre la discusión en torno a las penas ambulatorias y de contenido comunitario)". En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales* T. 47, p. 164.

(14) Ibídem, pp. 165-166.

IV. Conclusiones

35 La prestación de servicios comunitarios es una pena limitativa de derechos que obliga al ciudadano condenado a trabajar de manera gratuita en instituciones públicas o privadas –que sean asistenciales o sociales–, con la finalidad de que este pueda resocializarse y reinsertarse a la sociedad, sin necesidad de ser privado de su libertad. Su duración es de 10 a 156 jornadas de 10 horas semanales, las cuales pueden ejecutarse en días de semana o fin de semana, de acuerdo a la disponibilidad del sentenciado y la necesidad de la unidad beneficiaria. Si bien es cierto que la regulación de estas penas constituye un esfuerzo por reducir la pena de cárcel y, con ello, el efecto estigmatizante, atomizador que dicha pena tiene sobre el condenado; también lo es que, en la práctica, la pena de prestación de servicios a la comunidad es tímidamente aplicada, volviéndola una manifestación de un Derecho penal simbólicamente minimalista.

V. Bibliografía

36 Abad Contreras, Jorge, *Alternativas a la privación de libertad clásica. La prestación de servicios a la comunidad y la limitación de días libres*. Grijley, Lima, 2004; Huber, Barbara, "Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad (Sobre la discusión en torno a las penas ambulatorias y de contenido comunitario)". En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales* T. 47, Fasc./Mes 3, 1994. Disponible en <https://bit.ly/2x7q0Rj>; Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Manual de principios básicos y prácticas prometedoras en la aplicación de medidas sustitutivas del encarcelamiento*. Naciones Unidas, Nueva York, 2010; Peña-Cabrera Freyre, Alonso, *Derecho penal peruano. Parte general: teoría de la pena y las consecuencias jurídicas del delito. Segunda parte*. Rodhas, Lima, 2004; Prado Saldarriaga, Víctor, *Medidas alternativas a la pena privativa de libertad*. Disponible en <https://bit.ly/2x3dJN8>; Renart García, Felipe, "La pena de trabajo en beneficio de la comunidad desde una perspectiva comparada". En: Hurtado Pozo, José (coordinador), *El sistema de penas del nuevo Código Penal*. Asociación Peruana de Derecho penal, Madrid, 1999.

§ 35
La pena de limitación de días libres

NAKIN CRISTIAN ROJAS MONTOYA
Universidad Nacional de Cajamarca
(Perú)

Sumario

	Nm	P
I. Generalidades	1	595
II. Análisis de la pena de limitación de días libres	4	597
1. Naturaleza y extensión de la ejecución de la pena de limitación de días libres	4	597
2. Ejecución de la pena de limitación días libres en instituciones privadas (inc. 2)	7	597
3. Extensión de la pena de limitación de días libres	11	598
4. Finalidad de las orientaciones y actividades realizadas por el condenado en la ejecución de la limitación de los días libres	14	599
5. Procedimiento de supervisión y cumplimiento de la pena de limitación de días libre	15	600
III. Aplicación de la limitación de días libres	16	600
IV. Recomendación	17	600
V. Bibliografía	24	602

§ 35.- Limitación de días libres

"35.1. La limitación de días libres consiste en la obligación de permanecer los días sábados, domingos y feriados, hasta por un máximo de diez horas semanales, a disposición de una institución pública para participar en programas educativos, psicológicos, de formación laboral o culturales.

35.2. La pena de limitación días libres también puede ejecutarse en instituciones privadas con fines asistenciales o sociales.

35.3. Esta pena se extiende de diez a ciento cincuenta y seis jornadas de limitación semanales, salvo disposición distinta de la ley.

35.4. Durante este tiempo, el condenado recibe orientaciones y realiza actividades adecuadas e idóneas para su rehabilitación y formación.

35.5. La ley y las disposiciones reglamentarias correspondientes establecen los procedimientos de supervisión y cumplimiento de la pena de limitación de días libres".

I. Generalidades

La pena de limitación de días libres es una medida no privativa de libertad que obliga al ciudadano condenado a permanecer los fines de semana o 1

feriados, hasta por un máximo de diez horas semanales, en una institución pública o privada, en la cual realizará actividades educativas, psicológicas, de formación laboral o cultural, con el fin de ser rehabilitado y resocializado. Según el Informe Estadístico Penitenciario (junio, 2018), "está determinada por la asistencia obligatoria del sentenciado, durante los días sábados, domingos y feriados, a un establecimiento no carcelario donde participará en actividades de carácter educativo"(1).

2 La pena limitativa de días libres, recogida por primera vez en nuestro Código Penal de 1991, al igual que la prestación de servicios a la comunidad, persigue la finalidad de cumplir cada uno de los fines de la pena, pero evitando que el condenado sufra los efectos nocivos de ser recluido en un establecimiento penitenciario. En efecto, la regulación de esta pena tiene como fundamento político-criminal plasmar cada uno de los postulados minimalistas, que tienen como fin la reducción del Derecho penal, en general, y de la pena privativa de libertad, en específico(2).

3 Ahora bien, para realizar un análisis exegético del dispositivo normativo que lo contiene, se ha optado por disgregar cada uno de los elementos constituyentes que lo conforman, de la siguiente manera:

Cuadro N° 1

Limitación de días libres	Objetivo	Obligar al condenado a permanecer los días sábados, domingos y feriados, hasta por un máximo de diez horas semanales.
	Ejecución	Puede ejecutarse en instituciones públicas o privadas con fines asistenciales o sociales.
	Extensión	De diez (10) a ciento cincuenta y seis (156) jornadas de limitación semanales.
	Normativa	La ley y las disposiciones reglamentarias correspondientes establecen los procedimientos de supervisión y cumplimiento de la pena de limitación de días libres.

(1) Instituto Nacional Penitenciario, *Informe Estadístico Penitenciario junio, 2018*, p. 68.

(2) Prado Saldarriaga, V., "La conversión de penas privativas de libertad en el Derecho penal". En: *Anuario de Derecho penal. El sistema de sanciones penales*. 97/98.

II. Análisis de la pena de limitación de días libres

1. Naturaleza y extensión de la ejecución de la pena de limitación de días libres

El presente inciso ha sido recientemente modificado[3] en beneficio del reo, 4
con el fin de otorgar mayor libertad al condenado durante su tiempo libre; pues, antes de la modificatoria, el condenado podía permanecer los fines de semana o feriados hasta por un máximo de dieciséis horas en un establecimiento penitenciario, sin embargo, la norma vigente la ha reducido hasta por un máximo de diez (10) horas en total por cada fin de semana.

Por otro lado, también se ha modificado el lugar donde se ejecuta dicha 5
pena, ya que antes de la modificatoria se señalaba que podía ser en cualquier establecimiento organizado con fines educativos y sin las características de un centro carcelario; sin embargo, la norma vigente prescribe que el lugar de servicio será preferentemente en una institución pública, para que el ciudadano condenado pueda participar en actividades de interés público que fortalezcan sus aptitudes como persona, haciendo hincapié en que, de ser el caso, podrá, incluso, ser sometido a terapia psicológica, previa evaluación de la Dirección de Medio Libre del INPE.

Lo mencionado ha sido prescrito en consonancia con el artículo 9 del 6
Decreto Legislativo N° 1191, que señala que: "Los condenados a la pena de limitación de días libres, permanecerán en un establecimiento organizado y sin las características de un centro penitenciario, realizando actividades educativas, psicológicas, de formación laboral o cultural, a efectos de coadyuvar en su tratamiento y posterior resocialización". No obstante, a pesar de estas disposiciones normativas, en la práctica, esta pena no se ejecuta en instituciones públicas, sino en un establecimiento penitenciario cercano al lugar donde reside el ciudadano condenado, menoscabándose los mandatos expresos de la norma, que, siendo coherente con la naturaleza de esta pena, ordena que esta sea ejecutada en un establecimiento no carcelario.

2. Ejecución de la pena de limitación de días libres en instituciones privadas (inc. 2)

Como se manifestó en el análisis de la prestación de servicios a la comu- 7
nidad, la regla general es que la ejecución de la pena de limitación de días

(3) Artículo modificado por la única disposición complementaria modificatoria del Decreto Legislativo N° 1191, publicado el 22 de agosto del 2015.

libres se realice en las instituciones públicas, y en caso de que no proceda ello, de manera subsidiaria, se ejecute esta pena en las instituciones privadas con fines asistenciales o sociales. Sin embargo, este artículo no regula la manera en que debe asignarse la ubicación del condenado en una unidad receptora, como sí lo regula el artículo 34 del Código Penal sobre la prestación de servicios a la comunidad. En efecto, dicho artículo, a diferencia del artículo bajo comentario, prescribe que "los servicios son asignados, en lo posible, conforme a las aptitudes del condenado".

8 En dicha línea, consideramos necesario que el legislador penal peruano regule en la presente norma que la ubicación del condenado en una institución pública o privada deberá realizarse conforme al perfil psicológico y social del condenado, ya que resultará beneficioso para que este pueda cumplir con sus jornadas de estudio o tratamiento psicológico en la unidad receptora más idónea, para así coadyuvar al cumplimiento de los fines de la pena. De todos modos, ante la presente omisión se puede aplicar lo establecido en el artículo 8 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1191, donde se prescribe que:

9 "La asignación de la jornada de prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres, se realiza atendiendo a las aptitudes y condiciones del condenado, previa evaluación por parte del Equipo Técnico Evaluador de la Dirección de Medio Libre, sus órganos desconcentrados o los que hagan sus veces".

10 En el mismo sentido, tampoco se regula la facultad que ostenta el condenado para poder solicitar la ejecución de la pena de limitación de días libres durante los días hábiles semanales, por lo que, en caso de que el sentenciado disponga de tiempo libre entre los días lunes y viernes, no podrá computar sus jornadas durante estos días. Esta facultad permitiría el cumplimiento de esta consecuencia punitiva sin enervar el desarrollo personal, familiar y social del condenado, que es, justamente, lo que esta pena pretende.

3. Extensión de la pena de limitación de días libres

11 Una jornada equivale a diez horas semanales de permanencia en actividades educativas, psicológicas, de formación laboral o culturales, tendientes a la rehabilitación del condenado. Se debe precisar que el magistrado puede imponer esta pena en una extensión de diez a ciento cincuenta y seis jornadas de limitación de días libres semanales como máximo, las cuales se computan sobre la permanencia efectiva del sentenciado o condenado en los programas

de tratamiento prescritos, conforme establece el artículo 11 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1191.

Al respecto, la Dirección de Medio Libre del INPE, a fin de monitorear 12
el cumplimiento de la pena de limitación de días libres, se encargará de ejecutar las siguientes acciones (Art. 39 del Reglamento del D. Leg. N° 1191): a) realizar, por medio de los inspectores, visitas inopinadas a las unidades beneficiarias para verificar si el condenado ha cumplido con las jornadas impuestas; y b) verificar, por medio de los inspectores o servidores encargados, el correcto cumplimiento de la pena de limitación de días libres.

Ahora bien, es necesario precisar la conveniencia de que los magistra- 13
dos, al momento de imponer una pena de limitación de días libres, evalúen las circunstancias personales de cada uno de los sentenciados, con el fin de establecer una pena concreta que no restrinja en demasía el tiempo del condenado. Ello se debe a que, en un país como el nuestro, pocos ciudadanos cuentan con un empleo formal, que delimite los días libres de los ocupados; por el contrario, la mayoría de ciudadanos tienen la perenne necesidad de trabajar la totalidad de días de la semana. Asimismo, se hace necesaria la posibilidad de establecer consecuencias jurídicas premiales al cumplimiento responsable de la pena, siempre que haya transcurrido un tiempo razonable de su ejecución(4).

4. Finalidad de las orientaciones y actividades realizadas por el condenado en la ejecución de la limitación de los días libres

Las orientaciones que debe recibir el condenado para su rehabilitación y 14
formación son de carácter obligatorio. Estas deberán realizarse mediante las actividades, cursos, talleres, simposios, etc., que versen sobre temas relacionados con el ilícito penal cometido. Así, por ejemplo, si el ilícito penal sancionado ha sido cometido con un vehículo automotor en locomoción, dichas charlas deberán versar sobre las normas que regulan el tránsito en el país. Del mismo modo, si el delito ha sido cometido infringiendo los deberes a la patria potestad, las charlas tendrán que tener como fin orientar a los ciudadanos a ser mejores padres o madres de familia.

(4) Abad Contreras, J., *Alternativas a la privación de libertad clásica. La prestación de servicios a la comunidad y la limitación de días libres*, p. 136.

5. Procedimiento de supervisión y cumplimiento de la pena de limitación de días libres

15 Para conocer, meticulosamente, los procedimientos seguidos para la supervisión y cumplimiento de estas penas, en esencia, es necesario acudir a los siguientes instrumentos normativos: a) el Código de Ejecución Penal; b) el Decreto Legislativo N° 1191, que regula la ejecución de penas de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres; c) el reglamento del Decreto Legislativo N° 1191, que regla la ejecución de penas de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres; c) normativas complementarias que rigen al Instituto Nacional Penitenciario, entre otros.

III. Aplicación de la limitación de días libres

16 Según el Informe Estadístico Penitenciario[5] (junio 2018), emitido por el Instituto Nacional Penitenciario, se aprecia que de 107 078 ciudadanos de la población penitenciaria, solo se aplicó la pena de limitación de días libre a doce (12) personas; pudiéndose concluir que esta pena es desplazada por los magistrados en sus sentencias, pues prefieren condenar a los imputados al cumplimiento de la pena de prestación de servicios a la comunidad (7104 sentenciados, según el informe del INPE) que a una de limitación de días libres.

IV. Recomendación

17 El artículo 60 del Decreto Legislativo N° 1191 establece que: "La Dirección de Medio Libre del INPE, sus órganos desconcentrados o los que hagan sus veces, deben promocionar y difundir ante la colectividad en general, así como ante las instituciones públicas o privadas, los efectos beneficiosos de la aplicación de este tipo de sanciones, con el propósito de incorporar e inscribir ante su registro al mayor número de Unidades receptoras".

18 Como se puede apreciar, la norma citada contiene un factor clave para lograr –en cierta medida– el incremento del número de sentenciados a la pena de limitación de días libres o a las penas limitativas de derechos en general, pues la promoción y difusión de los efectos beneficiosos de la aplicación de estas penas constituye una regla institucional para exhortar a los magistrados que opten preferentemente por las penas limitativas de derechos. En el mismo sentido, se busca comprometer a los representantes de las diversas instituciones

(5) Instituto Nacional Penitenciario., *Informe Estadístico Penitenciario junio, 2018. Op. Cit.*

públicas o privadas a que faciliten la inclusión de los condenados en sus instalaciones, y así puedan cumplir con las jornadas –de prestación de servicios a favor de la comunidad o de permanencia en actividades educativas, entre otros– impuestas por el juez competente.

El compromiso por parte de las instituciones es un factor imprescindible para cumplir con el fin preventivo de la pena, por lo que, si el objetivo es que aumente la cantidad de sentenciados a penas limitativas de derechos, esta propuesta debe ser una prioridad que deberá cumplir de manera obligatoria la Dirección de Medio Libre. Consideramos que, así como el INPE emite un informe mensual sobre la población total del sistema penitenciario nacional, la Dirección de Medio Libre deberá también emitir un informe mensual. 19

Dicho informe debe contener los siguientes ítems: a) el número de sentenciados a penas limitativas de derechos; b) el número de sentenciados que han cumplido con la pena impuesta; c) los motivos por los que ciertos reclusos no cumplen con la pena de prestación de servicios a la comunidad; d) los motivos por los que los presos no cumplen con pena de limitación de días libres; e) el número de sentenciados que no han cumplido con la pena impuesta; f) los motivos por los que los sentenciados a penas limitativas de derechos no cumplen con las penas impuestas; g) la situación en que se encuentran los ciudadanos que no han cumplido con la pena impuesta. 20

Es importante que se obtengan estos datos, pues brindará a la comunidad jurídica y a los investigadores en la materia un valioso aporte para que efectúen un análisis riguroso a fin de descubrir el meollo del problema (la escasa aplicación y el mal funcionamiento de la ejecución de las penas limitativas de derechos) que aqueja de manera indirecta a la sociedad, a los ciudadanos condenados y a las familias de estos. 21

Asimismo, es conveniente que el Poder Judicial apruebe "un protocolo adecuado (que cumpla las reglas y normas sobre derechos humanos)"[6] que contenga, de manera clara y precisa, los derechos que tiene el ciudadano condenado, el número máximo de jornadas que debe cumplirse en la institución pública o privada, entre otros. Ello a efectos de que el condenado pueda cumplir con éxito la totalidad de las jornadas impuestas por el magistrado. 22

(6) Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Manual de principios básicos y prácticas prometedoras en la aplicación de medidas sustitutivas del encarcelamiento*, p. 34.

23 Al mismo tiempo, es conveniente que los funcionarios de Medio Libre, dependencia del Instituto Nacional Penitenciario, que es el organismo que ejecuta estas penas, informen, periódicamente, a los magistrados (jueces y fiscales) y a todos los operadores del Derecho sobre los beneficios que estas penas representan con respecto a una alternativa a la pena privativa de libertad, generándose, con ello, una cultura garantista que legitime la aplicación de este tipo de consecuencias jurídicas. Esta información podría verterse mediante conversatorios interinstitucionales, fórums o mesas redondas, en la que las diferentes instituciones del sistema penal interactúen unas con otras, a fin de cumplir la finalidad principal, que no es otra que la reinserción del hombre que cometió un delito.

V. Bibliografía

24 Abad Contreras, Jorge, *Alternativas a la privación de libertad clásica. La prestación de servicios a la comunidad y la limitación de días libres.* Grijley, Lima, 2004; Instituto Nacional Penitenciario, *Informe Estadístico Penitenciario junio, 2018.* Disponible en <https://www.inpe.gob.pe/revistas/estadistica/2018/junio/mobile/index.html>; Ministerio de Justicia y la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, *Código Penal y legislación complementaria.* Edición actualizada al 6 de septiembre de 2018, Madrid. Disponible en <https://bit.ly/2xgdijl>; Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Manual de principios básicos y prácticas prometedoras en la aplicación de medidas sustitutivas del encarcelamiento.* Naciones Unidas, Nueva York, 2010; Prado Saldarriaga, Víctor, *La conversión de penas privativas de libertad en el Derecho penal,* 1997. Obtenido de <https://bit.ly/2Onhlku>.

§ 36
Pena de inhabilitación

EDUARDO SAAD-DINIZ
Universidad de São Paulo
(Brasil)

Sumario

	Nm	P
I. Finalidad de la pena de inhabilitación	1	604
II. La proporcionalidad como desafío de legitimación	14	608
III. Análisis de las penas de inhabilitación reguladas en el CP artículo 36 del Código Penal peruano	34	615
1. Inciso 1	40	617
2. Inciso 2	45	619
3. Inciso 3	49	620
4. Inciso 4	56	622
5. Inciso 5	60	623
6. Inciso 6	65	624
7. Inciso 7	69	625
8. Inciso 8	73	626
9. Inciso 9	77	627
10. Inciso 10	82	629
11. Inciso 11	87	630
12. Inciso 12	92	631
13. Inciso 13	99	633
IV. Bibliografía	104	635

§ 36.- Inhabilitación - efectos

"La inhabilitación produce, según disponga la sentencia:

1. Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular;

2. Incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público;

3. Suspensión de los derechos políticos que señale la sentencia;

4. Incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia;

5. Incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela;

6. Suspensión o cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego. Incapacidad definitiva para renovar u obtener licencia o certificación de autoridad competente para portar o hacer uso de armas de fuego, en caso de sentencia por delito doloso o cometido bajo el influjo del alcohol o las drogas.

7. Suspensión, cancelación o incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir cualquier tipo de vehículo;

8. Privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito;

9. Incapacidad definitiva para ingresar o reingresar al servicio docente o administrativo en instituciones de educación básica o superior, pública o privada, en el Ministerio de Educación o en sus organismos públicos descentralizados o, en general, en todo órgano dedicado a la educación, capacitación, formación, resocialización o rehabilitación, o para ejercer actividad,

profesión, ocupación u oficio que implique la enseñanza, el cuidado, vigilancia o atención de niñas, niños o adolescentes o del alumnado de educación superior tanto técnica como universitaria de las personas condenadas con sentencia consentida o ejecutoriada por cualquiera de los siguientes:

a. Terrorismo, previsto en el Decreto Ley 25475.

b. Apología del delito de terrorismo, establecido en el artículo 316-A.

c. Trata de personas, formas agravadas de la trata de personas, explotación sexual y esclavitud y otras formas de explotación, previstos en los artículos 153, 153-A, 153-B y 153-C.

d. Homicidio simple (artículo 106), Parricidio (artículo 107), Homicidio calificado (artículo 108) y Feminicidio (artículo 108-B).

e. Lesiones graves (artículo 121) y Lesiones graves por violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar (artículo 121-B).

f. Libro Segundo: Título IV: Capítulo IX: Violación sexual (artículo 170), Violación de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir (artículo 171), Violación de persona en incapacidad de dar su libre consentimiento (artículo 172), Violación sexual de menor de edad (artículo 173), Violación de persona bajo autoridad o vigilancia (artículo 174), Violación sexual mediante engaño (artículo 175), Tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento (artículo 176), Tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos en agravio de menores (artículo 176-A), Capítulo X (Proxenetismo) y Capítulo XI (Ofensas al pudor público).

g. Tráfico ilícito de drogas, previsto en la Sección II, se impone obligatoriamente en la sentencia como pena principal;

10. Privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos;

11. Prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, sus familiares u otras personas que determine el juez; o,

12. Prohibición de comunicarse con internos o visitar establecimientos penitenciarios.

13. Incapacidad definitiva o temporal para la tenencia de animales".

I. Finalidad de la pena de inhabilitación

1 Los estadios más avanzados de la modernidad se han caracterizado por cambios relevantes en las estructuras sociales de administración del problema criminal. El delito y la pena están insertados en la estructuración normativa de sociedad, permitiendo revelar su mayor o menor cohesión, así como el menor o mayor grado de libertad de las personas en el ordenamiento. A punto tal que las transformaciones sociales de la modernidad están relacionadas a la manera con que la sociedad misma comprende su Derecho penal, conformándolo de acuerdo con una creciente percepción de gestionar el problema criminal y las sensaciones subjetivas de inseguridad.

El paradigma de la resocialización, que a mediados del siglo XX influen- 2
ciaba de manera relativamente decisiva las instituciones, prácticas y discursos de los sistemas de justicia criminal –especialmente en Europa y EE. UU.–, sufrió un agudo proceso de descrédito. La doctrina del *nothing works*, de Robert MARTINSON, posiblemente consistió en la crítica científica más poderosa dirigida a los mecanismos de rehabilitación de la época(1). Después de compilar y analizar 231 estudios publicados en lengua inglesa sobre esas estructuras y técnicas, MARTINSON concluyó que "con pocas y aisladas excepciones, los esfuerzos de rehabilitación que han sido reportados no tuvieron hasta ahora ningún efecto apreciable sobre la reincidencia"(2).

Esta crisis de los ideales de reintegración social ha constituido un verda- 3
dero caldo de cultura para formas más "mano dura" de pensar el problema criminal; una "cultura del control", alineada a ideales político-criminales del tipo *law and order*. En las ciencias criminales, fue GARLAND quien ha acuñado la idea de que el "complejo del delito en la modernidad tardía" expresa relevantes distinciones con relación a las estructuras de rehabilitación penal, indicando algunos trazos distintivos de esta nueva forma de pensar el problema criminal, es decir: la naturalización o normalización de la elevación de las estadísticas de ocurrencias delictivas; una gran emotividad en cuestiones respecto del delito y de las políticas para la administración del problema criminal; la distorsión política de discursos sobre miedo y seguridad pública, lo que incluye una apropiación de la figura de la víctima; la incredulidad sobre la efectividad de los mecanismos estatales para la administración y distribución de la justicia criminal, al mismo tiempo en que, casi paradojalmente, estos mismos mecanismos se intensifican y se amplían; el crecimiento de un mercado privado de seguridad; y, en medio a todos estos factores, una determinada conciencia colectiva e institucionalizada de intolerancia frente al crimen, así como a personas y grupos entendidos como especialmente peligrosos(3).

Esto no implica que la cárcel haya perdido su posición de centralidad en 4
el sistema de justicia criminal, bien al revés. No se puede afirmar que los sistemas penales occidentales hayan sufrido radicales aboliciones y reconstrucciones; es decir, las bases penales de la modernidad fueron no solapadas, sino que su ámbito de control pasó por alteraciones substanciales de dimensión y énfasis. Al mismo tiempo en que admite limitaciones de parte del Estado

(1) CULLEN, F., "Rehabilitation: beyond nothing works". En: *Crime and Justice*, Vol. 42, N° 1, pp. 299-376.
(2) MARTINSON, R., "What works? - questions and answers about prison reform". En: *The Public Interest* Vol. 35, pp. 22-54.
(3) GARLAND, D., *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, pp. 31-70.

respecto de la oferta de seguridad pública, la "cultura del control" traduce bien la realidad de que los Gobiernos sí se valen de todos los mecanismos de prevención posibles, en la directa medida en que las sociedades contemporáneas presentan realidades dramáticamente anómimas.

5 La consecuencia es un verdadero desafío a las tendencias de la filosofía política de redimensionar sus estudios en torno de la preocupación con la igualdad. Sea en cuanto a los índices de encarcelamiento, o más bien a la incidencia de otras modalidades punitivas, el control punitivo sigue direccionándose preferencialmente a individuos y grupos sociales con mayores dificultades concretas de satisfacer los estándares de seguridad normativamente exigidos por las sociedades. Es lo que hace PAWLIK aseverar que, mucho más que transformaciones ideológicas, el control sigue siendo el duro y concreto "precio" de una modernidad que permanece incapaz de superar sus asimetrías más problemáticas(4).

6 Así, la modernidad avanzada, ya desde la seminal reflexión crítica de Herbert MARCUSE (*La agresividad en la industria avanzada*), ha producido un proceso de expansión y diversificación punitiva, con propuestas de control social cuyo contenido incluye un creciente encarcelamiento, pero que también va más allá de él. Dicho de otra manera, esas transformaciones se tradujeron no solamente en el aumento de los niveles de encarcelamiento, sino que también en un aumento horizontal y vertical del control punitivo más ampliamente considerado(5).

7 La concreta positivación e implementación de estas medidas diversas del encarcelamiento no desafían la lógica de la "cultura del control". Antes, son más bien pensadas a partir de una perspectiva utilitarista de mayor control social con el menor costo posible(6), aunque se abra espacio para un elevado costo humano de drástica *objetivación del individuo*(7).

(4) PAWLIK, M., "Rezension zu 'Kultur der Kontrolle'". En: *ZIS - Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* N° 3, pp. 124-125.

(5) GARLAND, D., *The culture of control: crime and social order in contemporary society*, p. 167 ss.

(6) Partiendo de un análisis del modelo brasileño, Carlos E. JAPIASSÚ logra abstraer su raciocinio para demonstrar cómo esa ambivalencia integra una lógica más general de las medidas político-criminales alternativa a la cárcel. Detalles en JAPIASSÚ, C., "Alternativas à prisão no Brasil: instrumentos para a redução da população carcerária ou para a ampliação do controle estatal?". En: *Derecho penal* N° 1, pp. 115-132.

(7) La situación más espantosa en la interpretación jurisprudencial brasileña se puede observar en el HC-STJ 142.513/ES, Rel. Min. Nilson Naves, 2009, donde se reconoce el "inadecuado" uso de *conteiner* como cela.

A pesar de todos los avances, muy poco se avanzó en términos de estra- 8
tegias de control social informal[8]. Tampoco se puede decir que hubo avances más significativos en torno a iniciativas de eficacia colectiva[9] que disminuyen el alcance de las instituciones jurídicas formales, promocionando la "desformalización" del sistema de justicia criminal.

De todas maneras, la diversificación punitiva resulta en parte de la per- 9
cepción, cada vez más difundida, de que la crisis de la pena privativa de libertad demanda nuevas formas de razonar sobre la represividad penal. Esto es muy pungente en los Estados latinoamericanos, que en general comparten una realidad de asimetrías institucionales y sociales que frecuentemente proporciona situaciones de grave violación de derechos humanos, lo que incluye prisiones caracterizadas por condiciones físicas degradantes, hacinamiento, actuación de grupos criminales organizados, además de un notable perfilamiento racial y social de su población. Ese conjunto de factores, además de hacer perder de vista cualquier perspectiva de reintegración social de los condenados, despierta el debate sobre qué otras soluciones podrían ser ofrecidas para el gerenciamiento estatal de la criminalidad[10].

Es en función de ese contexto ambivalente que han ganado fuerza las 10
llamadas "penas alternativas" (a la prisión), medidas que bien caracterizan la paradoja de un sistema tecnocrático de justicia criminal, en que la crítica a la cárcel convive con índices alarmantes de encarcelamiento. Es relativamente común relacionar las iniciativas de diversificación punitiva –es decir, su comprensión más allá del encarcelamiento– como objetivadas a una más efectiva consecución de ideales resocializadores, visto que la represividad penal se vehicularía de manera a excluir los maleficios de la cárcel.

No obstante, la verdad es que parte de esas penas alternativas a la pri- 11
sión parecen contener una orientación tan ambivalente cuanto el contexto social en que surgen y se fortalecen: aunque idealizadas de manera a conciliar las necesidades de distribuir los castigos y hacerlo de modo a dañar lo menos posible al tejido social y a la persona condenada, la verdad es que muchas de

(8) Adler, F., *Nations not obsessed with crime.*
(9) Sampson, R., *Great American City: Chicago and the enduring neighborhood effect.*
(10) Una sistematización de los datos empíricos respecto de la situación de las cárceles en Latinoamérica puede ser encontrada en Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas.*

esas modalidades punitivas promueven un verdadero incremento de las técnicas de control y neutralización[11].

12 Prevista en el Código Penal (CP) peruano en el artículo 36 y siguientes, la *inhabilitación* es una de estas modalidades punitivas cuya concreción reduce derechos del condenado, los cuales generalmente, no son exactamente la libertad (tradicionalmente afectada por la pena de prisión) o el patrimonio (sobre lo cual recaen principalmente las penas de multa). Aunque viole esos derechos, la inhabilitación suele hacerlo de modo distinto que las tradicionales penas de prisión y multa –por ejemplo, algunas inhabilitaciones recaen parcialmente sobre el derecho de ir y venir de los individuos, en la medida en que estos son prohibidos de frecuentar determinados sitios o de acercarse a personas específicas–.

13 En todo caso, es considerada como una típica pena limitativa de derechos, siendo definida por ZAFFARONI como "la pérdida o suspensión de uno o más derechos de modo diferente al que comprometen las penas de prisión o multa"[12], vulnerando derechos como el ejercicio de poderes parentales de corrección o la ocupación de cargo, empleo o función pública.

II. La proporcionalidad como desafío de legitimación

14 La inhabilitación en el ordenamiento jurídico-penal en Perú parece guardar relación con las directrices generales establecidas por el CP, con respecto a lo que se espera de las intervenciones punitivas en referido país. La declaración, ya en el primer artículo del Código, de que sus disposiciones se orientan una "finalidad preventiva" confiere la dimensión sobre cómo concepciones de prevención se hacen relevantes para interpretar las normas penales en el contexto peruano.

15 Es verdad que las teorías de la pena son proficuas en demostrar que de manera alguna tiene en cuenta propósitos de prevención que excluye la dimensión retributiva de la pena, como censura ante un injusto. PAWLIK sustenta concepciones que consagran un carácter fuertemente retributivo acerca de la finalidad de la pena, pero con un objetivo de equiparar un accionar *destructivo* a uno *constructivo*; es decir, la finalidad de la pena es imponer una censura al condenado haciendo que él soporte el encargo de restablecer el *status quo*

(11) WEISSMAN, M., "Aspiring to the impracticable: alternatives to incarceration in the era of mass incarceration". En: *N.Y.U. Review of Law & Social Change* Vol. 33, pp. 235-269.

(12) ZAFFARONI, E. / ALAGIA, A. / SLOKAR, A., *Manual de Derecho penal. Parte general*, p. 731.

ante, asegurando las condiciones necesarias para la manutención de un ordenamiento de libertad. Hay en las tesis de PAWLIK una noción *positiva* de retribución, por la cual el derecho se encarga coercitivamente de hacer que el ofensor restablezca las relaciones jurídicas que él por su propia voluntad perturbó. Así, la retribución misma ya vehicularía en sí una prevención[13]. También es cierto que el propio CP, en el artículo IX, determina que las penas tienen las finalidades de *prevenir, proteger* y *resocializar* –este último objetivo en consonancia con la Constitución Política del Perú en su artículo 139, numeral 22, según lo cual el Derecho penitenciario debe orientarse a finalidades precisamente de resocialización–.

Sin embargo, en el momento de concreción estas directrices principiológicas, sea en la formulación de nuevas leyes o en la interpretación judicial de las normas penales, la verdad es que el responsable por la decisión jurídica se ve en medio de una constante necesidad de manejar distintos objetivos constitucionales y penales, no necesariamente de fácil compatibilización. 16

Por ejemplo, perseguir de manera exacerbada finalidades de prevención especial negativa puede incurrir en excesos inocuizadores, lo que en gran medida puede dificultar la consecución de objetivos resocializadores con la misma intensidad. Asimismo, en el caso de la inhabilitación, la intensidad punitiva de algunas medidas positivadas en el CP peruano, especialmente las de carácter permanente, disminuye la potencialidad de resocialización del individuo en la específica esfera de competencias que fue por él mal administrada, además de despertar una difícil necesidad de verificación de sus derechos fundamentales[14]. 17

La conjunción de distintos "principios distributivos" de la pena, sin mínimos criterios orientativos, puede conducir a arbitrariedades o amplios subjetivismos decisorios en materia penal, tanto en el nivel legislativo como judicial[15]. Por eso, especialmente en contextos de distorsión de la tensión normativa entre *seguridad* y *libertad*, el test constitucional de proporcionalidad en sentido amplio puede figurar como interesante instrumento dogmático para contención jurídica de eventuales excesos preventivos. Dicho de otro modo, la proporcionalidad puede servir como un paso al menos inicial en dirección 18

(13) PAWLIK, M., *Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo*, p. 28.

(14) Sobre este conflicto, RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, J., "Principio de resocialización y la inhabilitación permanente". En: *Boletín Anticorrupción y Justicia Penal* N° 2, pp. 6-11.

(15) ROBINSON, P., *Principios distributivos del Derecho penal: a quién debe sancionarse y en qué medida*, pp. 47-49.

a una interpretación procedimentalizada, y más racionalmente justificada, de las intervenciones jurídico-penales fundamentadas por pretextos de mayor seguridad[16].

19 En este contexto, la proporcionalidad es comprendida como criterio de verificación de la procedencia constitucional de la intervención estatal en materias de derechos fundamentales, teniendo orígenes en discusiones ocurridas en el núcleo de la doctrina publicista. La proporcionalidad, ampliamente considerada, es compuesta por una estructura tripartita: *idoneidad*, *necesidad* y *proporcionalidad en sentido estricto*. Las dos primeras máximas de proporcionalidad, las de *idoneidad* y *necesidad*, determinan la mayor realización posible de principios ante las posibilidades fácticas, exprimiendo respectivamente: (i) que el medio elegido por la medida analizada debe ser adecuado a fomentar una finalidad constitucionalmente admitida; y (ii) que tal medio elegido sea el menos lesivo a derechos fundamentales entre los disponibles, sin perjuicio de la efectividad. La tercera máxima es la *proporcionalidad en sentido estricto*, según la cual (iii) cuanto mayor el grado de restricción o no satisfacción de un principio, mayor deberá ser la relevancia de satisfacer el otro[17].

20 En comparación con normas con estructura de regla, por medio de las cuales derechos son asegurados y deberes impuestos de forma definitiva, principios jurídicos lo hacen de modo *prima facie*, caracterizándose por una mayor indeterminación semántica[18] –presente siempre que un determinado enunciado normativo no posibilita que de él sean deprendidos exhaustivamente sus posibles significados e hipótesis aplicativas–. El campo preferencial de operación de la proporcionalidad en sentido amplio es justamente estas situaciones en que la concretización normativa de derechos fundamentales se muestra incierta, especialmente en situaciones de conflictos entre derechos fundamentales, en que el intérprete-aplicador no logra extraer, de forma directa, un comando jurídico incontrovertible y previamente determinado.

(16) Marin, G., *Verificação da proporcionalidade na interpretação do direito penal: análise da aplicação pelo STF entre os anos de 2011-2012*, p. 176. También disponible en Marin, G., *Proporcionalidade e interpretação penal* (en edición).

(17) Alexy, R., "La fórmula del peso". En: Carbonell, M. / Grández Castro, P. (organizadores), *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*, pp. 14-15. Sobre el tema, en tono crítico y apuntando las debilidades de esta teoría: Jestaedt, M., "La teoría de la ponderación: sus fortalezas y debilidades". En: Montealegre, E. (coordinador), *La ponderación en el Derecho*, p. 75 ss.

(18) Los principios son definidos como "mandamientos de optimización" a ser satisfechos en distintas gradaciones conforme las posibilidades fácticas y jurídicas, siendo estas últimas determinadas por las normas que se contraponen en un determinado conflicto normativo. Las reglas, a su vez, imponen que sea hecho de modo inmediato aquello que exigen, de acuerdo con lo posible fáctica y jurídicamente. Alexy, R., *Teoria dos direitos fundamentais*, pp. 90-91.

De ahí la necesidad de una fundamentación compleja de la decisión jurí- 21
dica, comprendiendo el manejo de criterios interpretativos *materiales* (utilizados para determinar el contenido propiamente dicho de la norma adscrita de derecho fundamental) y *estructurales* (por los cuales se esclarece el *iter* interpretativo recorrido para llegar a un determinado resultado). Así, la proporcionalidad se constituye justamente en criterio *estructural* de interpretación, útil cuando los parámetros estrictamente *materiales* se mostraren insuficientes para justificar la deducción de una norma adscrita de derecho fundamental. La regla de proporcionalidad funciona como criterio interpretativo e instrumento argumentativo, utilizado en la determinación del contenido de derechos fundamentales cuando el sentido normativo necesita ser explicitado. Su aplicabilidad se torna más apremiante en casos que envuelven medidas de los poderes públicos que constriñen derechos para alcanzar determinado objetivo considerado como socialmente deseado[19], como es el caso del Derecho penal.

En Derecho penal[20], por establecer una mediación normativa apta a racio- 22
nalizar las restricciones de derechos en las relaciones sociales asimétricas[21], la proporcionalidad tiene la capacidad de evitar intervenciones jurídico-penales disfuncionales, más perjudiciales que benéficas para la manutención de patrones aceptables de libertad en una determinada sociedad, indicando al responsable por la decisión jurídica parámetros por los cuales se puede definir *cuándo* y *cómo* el Derecho penal debe o no actuar[22]. El examen de proporcionalidad en sentido amplio fornece criterios interpretativos aptos para la verificación de la procedencia constitucional de intervenciones jurídico-penales en derechos fundamentales, ganando capacidad de rendimiento tanto en las categorías de la teoría del delito cuanto de la teoría de la pena[23].

Este fenómeno no deja de representar una tendencia de aumento de las 23
demandas sociales por tutela penal de derechos fundamentales, pero en este punto enfocado en algo bien más amplio, descrito por ISENSEE como "derecho fundamental a la seguridad". Tal derecho estaría presente en expectativas en torno del Estado en las distintas fases de su evolución: protección contra la violencia proveniente de otros individuos en un ambiente de lagunas de poder; posteriormente, en el pasaje del Estado moderno para el de derecho, búsqueda

(19) BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, pp. 119-124 y 133-134.
(20) Ver AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*.
(21) SAAD-DINIZ, E., "Reglas de proporcionalidad y oportunidad en la interpretación penal". En: *Revista de Derecho penal* 1/2014.
(22) GOMES, M., *O princípio de proporcionalidade no direito penal*, p. 73 ss.
(23) MARIN, G., *Verificação da proporcionalidade na interpretação do direito penal: análise da aplicação pelo STF entre os anos de 2011-2012. Op. Cit.*, p. 1.

de seguridad contra el arbitrio estatal; y, por fin, la seguridad contra los riesgos económicos advenidos de la vida social. Cada etapa exigiría posturas estatales específicamente desarrolladas para corresponder a las expectativas resultantes de los distintos factores de peligro. Sin embargo, en vez de excluyentes entre sí, las tres camadas de legitimación son complementarias: la protección contra la inseguridad laboral, por ejemplo, no torna superflua la defesa de la libertad (seguridad contra coerciones estatales arbitrarias)[24].

24 De esta manera, parece igualmente problemático establecer una oposición rígida entre condiciones de constitución de la subjetividad ("aquí libertad") versus condiciones de constitución de socialidad ("aquí colectivismo"): una sociedad fuera de funcionamiento no proporciona las condiciones empíricas mínimas necesarias para el libre desarrollo de las subjetividades, de lo que resultaría un amontonamiento de individuos que, por desconocer algo común, se aíslan en sus percepciones particulares[25].

25 Seguridad y libertad son faces de una misma moneda: ambas designan una integridad de bienes jurídicos que van desde la protección contra particulares, pasando por la garantía de libertades frente al Estado y alcanzando la defensa contra peligros públicos diversos. No hay una antinomia entre estos valores, solo una inexorable tensión en casos concretos específicos, lo que exige un ejercicio de interpretación proporcional por aquel que decide[26]. Esta tensión –no antinomia– se hace presente con frecuencia, y es hasta inherente a una extensa gama de problemas penales puestos delante del agente estatal responsable por la decisión jurídica, no pudiendo por sí misma ser cualificada como causadora de excesos punitivos.

26 El problema, que compromete el cierre operativo del derecho, parece residir no en los fenómenos arriba analizados, pero sí en la dificultad empírica de verificación de la autopoiesis de los sistemas jurídicos concretos. Estos, en verdad, estarían insertados más en una configuración de *alopoiesis,* término oriundo del griego *alo* (otro) y *poiesis* (producción), y que indica la producción

(24) A partir de una visión contractualista de Estado, Isensee delimita su comprensión acerca de seguridad a partir de sus fundamentos: el deber de los ciudadanos de manutención de la paz –abdicando de interferencias ilegales sobre la esfera jurídica de otro– y el monopolio estatal del uso de la fuerza. Así, engloba intereses como la integridad física y patrimonial, así como la libertad contra coerciones, concentrándose en el *status positivus* de la seguridad. Isensee, J., *Das Grundrecht auf Sicherheit: zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, pp. 17-18, 23-34.

(25) Jakobs, G., *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, pp. 31-32.

(26) Isensee, J., *Das Grundrecht auf Sicherheit: zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates. Op. Cit.*, p. 21.

y reproducción del sistema jurídico no a partir de sus estructuras internas, sino externas. En estos contextos distorsionados, el derecho acaba por ser determinado por prescripciones provenientes directamente del ambiente, perjudicando la diferenciación entre sistema y entorno, así como la capacidad del sistema jurídico de se reciclar mediante abertura cognitiva. En estos términos, el derecho no más se constituye en sistema autorreferente, apto para orientar las expectativas normativas; en contrario, pierde su autonomía, sobreponiéndose al binomio "lícito/ilícito" otros códigos, como el político ("poder/no-poder") o el económico ("tener/no-tener")[27].

En sistemas jurídicos marcados por la nebulosidad de las fronteras entre política y derecho, por la distorsión de la tensión libertad-seguridad, así como por el uso predominantemente simbólico del poder punitivo[28], lo que resulta es un problemático endurecimiento de la política criminal[29], que pierde sentido no solamente con respecto a su calidad regulatoria o sistemática, sino sobre todo frente a la legítima distribución de libertades personales que debe orientar la realización del sistema de justicia criminal. 27

El sistema de justicia criminal dispone de importantes elementos para viabilizarlo, como es el caso de los derechos fundamentales, materializados en la forma de principios, y cuya operacionalización depende con frecuencia del examen de proporcionalidad. Estos derechos fundamentales, a su vez, se relacionan 28

(27) Neves, M., "From the autopoiesis to the allopoiesis of law". Traducción Margaret Griesse y Jeffrey Hoff. En: *Journal of Law and Society* N° 2 Vol. 28, pp. 255 y 258. Tales sistemas caracterizados por la alopoiesis mediatizan el código binario propio del Derecho para subordinarlo a intereses diversos, y, así, surge como sistema apenas de modo difuso y desconectado, figurando como instrumento de poder a la disposición de aquellos con capacidad –aunque momentánea– de imponerse. Luhmann, N., *El derecho de la sociedad*, pp. 137-138.

(28) Se relaciona con la alopoiesis la proliferación de una legislación simbólica, que hace emerger la percepción de que las leyes no expresan contenidos propiamente jurídicos, pero antes formas peculiares de actos políticos. La legislación simbólica hasta establece una remisión normativo-jurídica a la realidad, pero solamente de modo secundario, predominando de manera hipertrófica el sentido político o ideológico del acto. Neves, M., *A constitucionalização simbólica,* p. 32. Winfried Hassemer alerta que el Derecho penal simbólico es fruto de la crisis de la concepción de un Derecho penal orientado a consecuencias, y constituye efecto colateral de una ambición preventiva que relega a un segundo plano cuestionamientos respecto de la efectividad protectiva de la intervención punitiva, o entonces de lo que esta busca proteger. Hassemer, W., "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos". Traducción Elena Larrauri. En: Bustos Ramírez, J. (director), *Pena y Estado: función simbólica de la pena*, p. 30 ss.

(29) José Luis Díez Ripollés afirma que la ley penal pasó por una resignificación en la contemporaneidad, especialmente en cuanto a la pretensa asunción del estatus de código moral social y de instrumento de juridificación de conflictos sociales mucho más profundos, lo que se torna más problemático cuando, aliado a ello, la legislación en materia criminal se relega al "oportunismo social y político". Díez Ripollés, J., *La racionalidad de las leyes penales,* p. 14.

directamente con la manutención de la diferenciación funcional de la sociedad, permitiendo la convivencia de comunicaciones jurídicas distintas unas de las otras, provenientes de diferentes esferas[30]. Lo que hay aquí es la búsqueda de una máxima consistencia de las decisiones jurídicas en atención al entorno del derecho, este compuesto de modo fragmentado por los otros sistemas.

29 A partir de eso, actúan los derechos fundamentales, manejados por medio del test de proporcionalidad, como mecanismos que inmunizan la sociedad y el individuo contra una "simplificación totalizante" de iniciativa de la política o de otro sistema parcial con potencial desdiferenciador[31]. Así, en Derecho penal, (i) evitan que determinada perspectiva interpretativa suprima la otra; (ii) ponen barreras a la captura del Derecho penal por parte de las comunicaciones de otros subsistemas sociales; y (iii) aumentan las exigencias de justificación del uso del poder penal.

30 Significa reconocer en las incumbencias de la jurisdicción constitucional y penal un rol de colocar límites a la expansión del entorno y sus influjos sobre el Derecho penal. Las reglas de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) surgen, entonces, como mecanismos dogmáticos útiles para la decisión, responsables por demarcar diferencias entre las perspectivas en colisión, así como por la contención de los excesos e insuficiencias punitivas de las medidas jurídico-penales. Buscan ellas "referenciales interpretativos para controlar a las indeterminaciones", con miras al restablecimiento de la estabilidad normativa[32].

31 Bajo la perspectiva de los influjos entre sistemas y la recurrente corrupción del sistema jurídico por su entorno, la proporcionalidad, cuando es utilizada moderadamente, ofrece *racionalidad jurídica a la política* (utiliza parámetros constitucionales para mediar tensiones entre derechos fundamentales), y *racionalidad política al derecho* (opera relacionando distintas expectativas normativas acerca de los medios elegidos y fines aspirados por las decisiones jurídicas).

(30) Esa idea se encuentra en LUHMANN, N., "Grundrechte als Institution". En: *Beitrag zur politischen Soziologie*, p. 23.

(31) MANCILLA, N., "La constitución (chilena) y los derechos fundamentales ante los intentos desdiferenciadores de la política". En: CADENAS, H. / MASCAREÑO, A. / URQUIZA, A. (editores), *Niklas Luhmann y el legado universalista de su teoría: aportes para el análisis de la complejidad social contemporánea*, pp. 330-331.

(32) SAAD-DINIZ, E., "Regras de proporcionalidade e oportunidade na interpretação penal". En: OLIVEIRA, W. de *et al.*, *Direito penal econômico: estudos em homenagem a os 75 anos do Professor Klaus Tiedemann*, pp. 469-470 y 481.

Sin embargo, constituye una moneda de dos lados: si es utilizada desmedidamente y sin un contenido dogmático definido, hace aumentar los riesgos de irracionalidad de ambos sistemas (político y jurídico), los cuales pasan a trabajar con ponderaciones *ad hoc* (no sistémicamente generalizables), siempre dependientes de las cualidades concretas de intereses particularistas incidentales en cada caso concreto[33]. 32

La proporcionalidad debe mantenerse presente en discusiones sobre la procedencia constitucional de intervenciones punitivas como las penas de inhabilitación del CP peruano. Eso porque, aunque tienen relevante justificación moral, estas modalidades punitivas pueden mostrarse demasiado constrictivas, despertando la necesidad de una intensa verificación de los derechos fundamentales de los individuos sometidos bajo persecución penal. Impulsada por contextos de expansión de la política sobre el sistema jurídico, así como por una maximización de las demandas sociales por recrudecimiento penal, la fijación de ideales preventivos como fundamento de la represividad penal puede ser causa de graves afectaciones sobre las libertades, como se verá –una a una– adelante. Aquí, en este manejo de tensiones que, en último análisis, remiten a un ya conocido *background* de conflicto entre seguridad y libertad, la interpretación del Derecho penal puede encontrar en la proporcionalidad un relevante instrumento dogmático de contención del derecho por medio del propio derecho. 33

III. Análisis de las penas de inhabilitación reguladas en el artículo 36 del Código Penal peruano

El artículo 36 CP establece una lista taxativa de los derechos que pueden ser menoscabados por la pena de inhabilitación, alcanzando un total de ocho distintos ámbitos de libertad jurídica del ciudadano. Cuál derecho será afectado es algo que cabe a los tipos penales específicos identificar, salvo: (i) en la hipótesis del artículo 39 (cf. *infra*), en que los poderes jurisdiccionales definirán cual derecho de los listados en el artículo 36 será atingido por la condena; y (ii) cuando los derechos listados en el artículo 36 sean genéricos al punto que demandaren una especificación por parte del juez (es el caso, por ejemplo, de los incisos 3, 4 y 8 del artículo en cuestión). En todo caso, es central que el derecho del ciudadano afectado por la pena de inhabilitación a él 34

(33) Neves, M., *Entre Hidra e Hércules, princípios e regras constitucionais*, pp. 190-196.

impuesta que tenga una relación clara con la naturaleza del delito cometido, es decir, entre el crimen y el ejercicio del derecho abarcado por la punición[34].

35 La noción de "roles sociales", planteada originalmente en el modelo jurídico-penal de JAKOBS, puede ofrecer muy interesante rendimiento también en ese ámbito. El Derecho penal –dice JAKOBS– no busca asegurar que todas las personas intenten y sean responsables por evitar todos los daños posibles, lo que atrabancaría las dinámicas de convivencia social en virtud de una hipertrofia regulativa. Al revés, las normas penales atribuyen comandos específicos a personas determinadas, que ocupan posiciones muy bien delimitadas en las relaciones intersubjetivas concretas –así dice respecto al aseguramiento normativo de expectativas muy bien definidas conforme el *rol social* que los sujetos muy concretamente desempeñan en las más distintas esferas de la vida social–[35].

36 Esto significa que cada sujeto no gestiona la totalidad de la vida colectiva, sino que a cada persona cabe administrar solamente determinados fragmentos de la realidad; es decir, de un delimitado segmento de la vida social en que la persona interacciona mediante el ejercicio de roles definidos. Si es comprendido como un haz de derechos y deberes que constituyen verdaderas *esferas de competencias* de las personas, la idea de rol confiere al intérprete del Derecho penal una medida más o menos segura para definir la existencia o la medida de las responsabilidades individuales por malhechos cometidos por los sujetos, específicamente en aquellos sectores de la vida colectiva cuya administración jurídica le cabía, en virtud de su *rol*, garantizar. No sin razón MIGUEL POLAINO-ORTS establece que "el cumplimiento del rol desempeña las mismas funciones que se atribuyen al concepto de norma jurídica: de un lado, el *afianzamiento de las expectativas sociales* y, de otro, el *fomento de la capacidad de orientación normativa*"[36].

37 El concepto de rol tiene el valor dogmático principalmente de establecer criterios más fijos de imputación, pero también fornece direccionamientos proficuos para comprender la base de las penas de inhabilitación. Al fin y al cabo, como fue destacado por TORRES PACHAS, en comentario a la decisión-marco de la Corte Superior de Justicia de Lima en el caso Chehade, las penas de inhabilitación son "la modalidad más idónea para incidir en los derechos y

(34) Así definió la Corte Suprema de Justicia de la República, por ocasión de la publicación del Acuerdo Plenario N° 2-2008/CJ-116, realizado en el año de 2008 por las salas penales Permanente, Transitorias y Especial.

(35) JAKOBS, G., *La imputación objetiva en el Derecho penal*, p. 21 ss.

(36) POLAINO-ORTS, M., *Funcionalismo normativo: bases dogmáticas para el nuevo sistema de justicia penal*, pp. 115-118. Los destaques se encuentran en el texto original.

deberes que han sido objeto de la infracción", destacando así una imbricación fuerte entre la sanción y su incidencia sobre el fragmento de la libertad personal que tiene que ver específicamente con el rol social que fue gestionado por el ofensor –es decir, su específica esfera de competencias, mal administrada en la medida en que se la utilizó para delinquir–[37].

Aquí, hay una efectiva presencia de los propósitos político-criminales de 38
utilización del Derecho penal para la neutralización de peligros –en el caso, la protección de la sociedad ante riesgos derivados del ejercicio por determinada persona de un derecho suyo en específico–. Es posible que su principal fundamento sea de naturaleza preventivo-especial en su sentido negativo, pero, más que eso, la inhabilitación tiene que ver con lo que NAVARRO ALTHAUS llama "prevención de acuerdo con la situación", visto que reduce la posibilidad de que el condenado practique otros crímenes de la misma naturaleza del ilícito por el cual se le impuso la pena[38].

No obstante estas consideraciones de carácter más general, es relativa- 39
mente difícil encontrar un denominador genuinamente común, que congregue todas las hipótesis de inhabilitación prevista en el artículo aquí comentado, teniéndose en cuenta que atingen a derechos fundamentales muy distintos. Por eso, más adecuada parece ser una breve revisión de las modalidades de inhabilitación individualmente consideradas.

1. Inciso 1

"Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aun- 40
que provenga de elección popular".

El primer numeral del artículo 36 se aplica a la persona que comete un cri- 41
men abusando de función o poder que le fue otorgado (por ejemplo, el funcionario público que recibe una ventaja indebida para practicar o dejar de practicar un acto de su esfera de competencias); y, además, a la persona que, aunque no tenga una posición especial, comete un delito que conlleva la lesión de un requisito material o principio propio de una función (por ejemplo, el ciudadano

(37) TORRES PACHAS, D., "Caso Miguel Chehade Moya: sentencia de segunda instancia recaída en el Expediente N° 00034-2012-7-1826-JR-PE-03". En: *Proyecto Anticorrupcipon del IDEHPUCP - Boletín* N° 30, octubre 2013, pp. 9-13.

(38) NAVARRO ALTHAUS, M., "El sistema de penas en el CP peruano de 1991". En: HURTADO POZO, J. (organizador), *Anuario Derecho penal 97-98: el sistema de penas del nuevo Código Penal*, p. 95.

que soborna a un funcionario público)[39]. No se trata de retirar del condenado la posibilidad de *ejercer* su cargo, función o comisión, sino que el sujeto es *privado de la posición pública en sí misma* de manera definitiva. En el Acuerdo Plenario N° 2-2008/CJ-116, la Corte Suprema de Justicia de la República esclareció que este carácter definitivo significa que se trata de una "pena instantánea" y con "efectos sean de carácter permanente", importando "la pérdida del empleo o cargo público que el autor haya adquirido con anterioridad a la sentencia, aunque fuere con posterioridad al delito".

42 Ante la gravedad de una inhabilitación cuyos efectos se propagan de manera "permanente", hay que destacar la necesidad de una constante y cuidadosa verificación de la procedencia constitucional de las condenas concretamente impuestas a los individuos. Los juicios de proporcionalidad, mejor explicados arriba, ganan aquí especial relevancia, habiendo que averiguar en qué medida el derecho del condenado afectado por la inhabilitación no es menoscabado de manera excesiva en comparación con el interés jurídico en tesis protegido y con la gravedad de la violación de dicho interés.

43 En todo caso, la formulación de la punición en este sentido tiene que ver con la utilización cada vez más intensa del refuerzo punitivo del Derecho penal en el enfrentamiento contra la corrupción pública. En este escenario en que las penas de inhabilitación son vistas con especial interés, visto que en principio inocuizan al individuo que ha demostrado problemas en prestar suficiente seguridad cognitiva de observancia de la norma[40]. Dicho de otro modo, se minimiza la inseguridad proporcionada por aquel que no ha logrado cumplir con su *rol social*, que no tuvo éxito en administrar los deberes jurídicos concernientes a la *esfera de competencias* relativas al cargo, función o comisión por él distorsionada para el cometimiento de crímenes. Realmente, en este sentido, tendría poco o ningún sentido que una persona condenada por irregularidad en la conducción de vehículo automotor fuese sometida a la pérdida de una función pública administrativa, por ejemplo.

44 En caso de condenación por esta modalidad de inhabilitación, el juez penal competente por la ejecución deberá remitir el testimonio de condena al órgano o institución pública donde el penado desarrollaba sus actividades, en las situaciones en que él ocupaba función, cargo o comisión de carácter público.

(39) Rodríguez Vásquez, J., "Principio de resocialización y la inhabilitación permanente". *Op. Cit.*, pp. 8-9.

(40) Magallanes Reyes, C., *Muerte civil e inhabilitación de servidores y funcionarios públicos en América Latina. Informe Temático N° 44/2015-2016.*

Si la privación hace referencia a cargo o comisión pública de elección popular, la comunicación será al Jurado Nacional de Elecciones[41].

2. Inciso 2

"Incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público". 45

No fue sin razón la opción legislativa por separar la *incapacidad* de obtención de posiciones públicas (establecida en este segundo inciso) de la *privación* de una función considerada en su sentido amplio (prevista en el inciso 1 del Art. 36). Además de las diferencias materiales más evidentes, la razón de política criminal es buscar criterios mejor establecidos respecto de la *individualización de la pena*, reconociendo que podría haber serios problemas de desproporcionalidad penal si ambas las modalidades punitivas fueran incorporadas en un mismo dispositivo –es decir, ser privado de una posición pública adquirida no es lo mismo, ni posee la misma gravedad, que ser declarado incapaz para obtenerla en el futuro–. NAVARRO ALTHAUS destaca, sin embargo, que en la decisión condenatoria hay que distinguir cuál es la función *lato sensu* afectada por la incapacidad, aunque esta sea más amplia si comparada con la privación[42]. 46

También aquí, siguiendo los balizamientos previstos por la Corte Suprema de Justicia en el Acuerdo Plenario N° 2-2008/CJ-116, hay que destacar la necesidad de que la pena sea direccionada a la misma posición pública de que el ofensor utilizó (en caso de que ya la haya adquirido) o podría utilizar (en caso de que no haya asumido todavía el cargo) para practicar la infracción penal. Esto es importante para evitar una noción vaga de moralidad, extendiendo de manera indiscriminada la presente hipótesis legal, o creando inestabilidad normativa a partir de un uso posiblemente distorsionado del Derecho penal a partir de perspectivas particularistas respecto de la moral pública. Lo que tornaría también este numeral de difícil compatibilidad constitucional, partiéndose de un test más riguroso de proporcionalidad, ya que semejante condena puede resultar en insuperable obstáculo para el restablecimiento de la vida civil de la persona. 47

Los procedimientos referentes a la ejecución de la pena mencionados en el numeral 1 son igualmente aplicables a esta hipótesis. Es decir, si la pena 48

(41) VILLEGAS PAIVA, E., *La suspensión de la pena y la reserva del fallo condenatorio: problemas en su determinación y ejecución*, p. 106.

(42) NAVARRO ALTHAUS, M., "El sistema de penas en el CP peruano de 1991". *Op. Cit.*, pp. 96-97.

dice respecto a alguien que ocupaba función, cargo o comisión, el testimonio de condena será remitido a la institución pública correspondiente donde el penado actuaba; si se tratara de la posición de elección popular, la remisión será al Jurado Nacional de Elecciones[43].

3. Inciso 3

49 "Suspensión de los derechos políticos que señale la sentencia".

50 Además de las restricciones al ejercicio de la función pública (considerada en un sentido más amplio), sea por medio de la *privación* (inciso 1) o de la *incapacidad* (inciso 2), el CP peruano establece también una afectación aún más amplia cuanto a la participación del condenado en la vida colectiva. Esta es la suspensión de los derechos políticos, que en último análisis dicen respecto al núcleo de la ciudadanía modernamente comprendida. Así como en los numerales anteriores, también aquí corresponderá al juez de ejecución proceder a la comunicación de la decisión al Jurado Nacional de Elecciones, que hará su anotación y respectiva difusión[44].

51 Hay que se señalar que el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en su artículo 25, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), en su artículo 23, afirman como derecho humano la participación en la dirección de asuntos públicos, sea directa o indirectamente (por ejemplo, mediante representación); votar y ser elegido en elecciones periódicas y auténticas, realizadas por sufragio universal e igualitario; además de acceder a las diferentes funciones públicas de su respectivo país, en condiciones generales de igualdad.

52 No obstante dispositivos legales semejantes al del CP peruano existieren en otros órdenes jurídicos (por ejemplo, el brasileño, donde se comprende, por reglas de carácter penal y constitucional, que la condena criminal irrecurrible tiene como efecto la suspensión de los derechos políticos), es discutible –una vez más– si la norma no viola estándares de proporcionalidad en su dimensión negativa, es decir, de la prohibición de exceso. Eso porque la condena puede abarcar no apenas el derecho de ser elegido, como incluso el derecho de elegir, algo absolutamente nuclear en la vida de comunidades políticas democráticas. Aquí, la inhabilitación pierde su carácter de sanción con algún tipo de efecto

(43) Villegas Paiva, E., *La suspensión de la pena y la reserva del fallo condenatorio: problemas en su determinación y ejecución. Op. Cit.*, p. 106.
(44) Ídem.

preventivo, pasando a tener una naturaleza casi infamante y excluyente, visto que se considera al condenado como indigno de participar, aunque temporariamente, de la definición de los asuntos públicos(45).

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, interpretando 53
el PIDCP, estableció exigencias de proporcionalidad en lo que concierne a las sanciones que privan a los ciudadanos de sus derechos políticos, afirmando que la suspensión de derechos sufragistas debe ser "objetiva y razonable", integrando una sanción de naturaleza penal cuyo periodo de suspensión debe ser "proporcional al delito cometido y la duración de la condena"(46).

También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) enfrentó el 54
tema, más específicamente en sentencias como *Frodl v. Austria* (Nº 20201/04), *Hirst v. the UK, Nº 2* (Nº 74025/01) y *Scoppola v. Italy Nº 3* (Nº 126/05). Tomando el primer juzgado como paradigma de análisis, es posible establecer como punto de partida del TEDH la premisa de que los condenados a una sanción de carácter penal no pierden las libertades y garantías aseguradas internacionalmente, excepto por el derecho directamente afectado por la sentencia. Por ejemplo, alguien sometido a una pena privativa de libertad sufre restricciones en este derecho específico, pero mantiene otros que dicen respecto a su núcleo de dignidad. Sin embargo, la Corte señala también que eso no impide que los órdenes jurídicos nacionales tomen determinadas precauciones, para resguardar el sistema democrático o el Estado mismo contra personas condenadas por delitos relacionados al abuso de posición pública. En síntesis, la tesis es que los condenados sí tienen derecho de participación en la vida pública, pero eso no excluye la adopción de medidas como las arriba ejemplificadas, cuyo fundamento de política jurídica sería una salvaguarda de los sistemas democráticos nacionales. Sin embargo, el TEDH subrayó que tales restricciones deben someterse a límites bien definidos, como la excepcionalidad de esta modalidad punitiva; la existencia de una motivación idónea y clara para aplicarla; la existencia de una relación sólida entre la pena de un lado y, de otro, la posición y comportamiento del penado; y, además, la interdicción de que tal punición sea aplicada indiscriminadamente a todos los condenados, sin tomar en cuenta factores como la duración de la condena

(45) Navarro Althaus, M., "El sistema de penas en el CP peruano de 1991". *Op. Cit.*, p. 97.

(46) United Nations., *General Comment adopted by the Human Rights Committee under Article 40, paragraph 4, of the International Covenant on Civil and Political Rights - Addendum: General Comment* Nº 25 (57). Ginebra, 27/08/1996.

o la gravedad del delito. Nuevamente, hay aquí una clara remisión al juicio de proporcionalidad[47].

55 En el contexto latinoamericano, la cuestión también fue tratada por la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos (CIDH), especialmente en el caso *López Mendoza v. Venezuela*, en que fue realizado un control de convencionalidad de la inhabilitación que, por vías administrativas, recayó sobre el individuo de nombre López Mendoza, de manera que prohibió su participación en las elecciones regionales de Venezuela de 2008. Por ocasión de dicha decisión, la CIDH reforzó los parámetros establecidos en el artículo 23.2 del Pacto de San José de Costa Rica, que establece que afectaciones de derechos fundamentales como esta solo pueden ser aplicadas por un juez competente, en condena proferida en ámbito de un proceso penal. Es decir, en los países signatarios de la Convención no les es permitido imponer interdicciones sobre derechos políticos por vías estrictamente administrativas[48]. Sin embargo, al menos en tesis, el artículo 36 del CP peruano no parece contrariar tal disposición interpretada por la CIDH, visto que consiste en intervención de naturaleza auténticamente penal.

4. Inciso 4

56 "Incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia".

57 Un apunte esencial necesita ser hecho respecto de la declaración penal de incapacidad para ejercer, sea directamente o por medio de terceros, determinada actividad de contenido técnico o profesional. Hay que rememorar aquí la noción de rol social; es decir, solamente tiene sentido condenar penalmente a alguien a abstenerse de su actividad laboral o técnica si la persona ha administrado de manera ilícita sus deberes y competencias respecto a esta específica esfera de su vida. Ningún sentido tendría, por ejemplo, impedir que alguien ejerza el oficio de panadero en virtud de haber sido condenado por un delito de lesión corporal culposa en el tránsito de vehículos automotores.

58 Así, hay que definir una correlación entre el crimen materialmente comprendido y el contenido de la pena correspondiente –dicho de otro modo,

(47) La sistematización de tales decisiones fue realizada en interesante análisis comparado por Espíndola Morales, L., "Nota introductoria". En: Ríos Vega, L., *Rehabilitación del sufragio. El debate de la condena condicional*, p. 13.

(48) Véase Brenes Vargas, R., "Crónica de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". En: *Revue Internationale de Droit Pénal* Vol. 83, pp. 233-266.

entre la sanción y el específico deber jurídico violado en el ámbito profesional, artístico, industrial o comercial–. Caso contrario, habría una clara relación de desproporcionalidad penal, que podría incluso generar males sociales graves, derivados de la imposibilidad del individuo condenado de ejercer actividades de las cuales retira su sustento o de su familia[49].

En casos de imposición de la pena referida en el numeral 4 del artículo 59
36 del CP, el juez responsable de la ejecución deberá enviar el testimonio de condena al colegio profesional del que el penado forma parte; a la federación de colegios profesionales del oficio concernido, siempre que se trate de aquellas ramas de colegiación necesaria; o, aun, a la correspondiente entidad oficial, en caso de que la inhabilitación afecte una actividad sujeta a control público[50].

5. Inciso 5

"Incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela". 60

El poder de direccionamiento que padres, tutores y curadores tienen sobre 61
las personas bajo su responsabilidad implica como contrapartida una serie de deberes jurídicos, que se relacionan directamente con determinados cuidados que los primeros necesitan mantener con relación a los últimos. A partir del momento en que, por ejemplo, un padre o madre practica un delito cuya víctima es su propio hijo, parece estar bien configurada una mala gestión de las esferas de competencia específicas del rol social que el ofensor tenía como responsable legal de aquel.

Así que también aquí la sanción debe guardar directa relación con la natu- 62
raleza de la infracción cometida: poco o ningún sentido tendría retirar tales derechos a un individuo cuyo delito haya sido –por ejemplo– de naturaleza fiscal. Ejemplo de correcta aplicación puede ser encontrado en la ejecutoria suprema del 22 de enero de 1993, por ocasión del Expediente N° 1982-92-A de Lima, en que una inhabilitación accesoria fue impuesta a un padre que violó la libertad sexual de sus hijas, en claro desajuste con sus deberes especiales que a él competía como responsable legal por las víctimas. Según la condena, "con la actitud tomada de el acusado Condori Paco, cuya culpabilidad ha quedado

(49) Sobre eso, ver SILVA SÁNCHEZ, J., "La suspensión condicional de la ejecución de la pena principal de libertad y la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión u oficio". En: *Actualidad Penal* N° 39, pp. 751-759.

(50) VILLEGAS PAIVA, E., *La suspensión de la pena y la reserva del fallo condenatorio: problemas en su determinación y ejecución. Op. Cit.*, p. 106.

fehacientemente acreditada se ha vulnerado el referido deber y derecho de padre, por lo que se debe hacer acreedor a la pena accesoria de inhabilitación contemplada en el numeral anteriormente señalado"[51].

63 La ejecución de esta modalidad punitiva se operará mediante el envío del testimonio de la condena a la persona con quien el penado compartía la patria potestad, tutela o curatela; o, no habiendo esta segunda persona, el documento será remitido a la autoridad encargada de designar el substituto del condenado para la asunción de dichas responsabilidades, así como a la autoridad judicial o administrativa responsable de cuestiones de institución de acogimiento o tutelar –lo que incluye el juzgado en que se esté tramitando el proceso de Derecho de familia en que el penado eventualmente figure como parte[52].

64 Hay que diferenciar la inhabilitación que recae sobre la patria potestad, tutela y curatela como *pena,* de las reglas civiles que prevean una afectación de estos derechos –aunque por cuenta de condenas penales que dificulten o impidan su ejercicio–. Además, debe levantarse la cuestión de que, en consecuencia de las reglas jurídico-civiles del ordenamiento peruano (Arts. 515 y 568 del Código Civil), siempre que la inhabilitación recaiga sobre la *patria potestad,* estará igualmente abarcado el ejercicio de la tutela y la curatela; mientras que, al revés, la afectación de la tutela o curatela no alcanza inexorablemente los derechos relativos a la patria potestad (aunque, desde que con motivación judicial idónea, sea posible considerar a un individuo condenado como indigno de ejercer el poder familiar, en virtud de haber violado obligaciones jurídicas con respecto a su posición de tutor o curador)[53].

6. Inciso 6

65 "Suspensión o cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego. Incapacidad definitiva para renovar u obtener licencia o certificación para portar o hacer uso de armas de fuego, en caso de sentencia por delito doloso o cometido bajo el influjo del alcohol o las drogas".

66 Este es posiblemente el momento donde las medidas de inhabilitación encuentran su mayor grado de adecuación. Esto porque, en tesis, se reduce la peligrosidad conllevada por situaciones en que un individuo, en virtud de su crimen, no presta suficiente seguridad cognitiva de que la orientación de su

(51) Ejemplo jurisprudencial de Prado Saldarriaga, V., *Las penas*.
(52) Ibídem, p. 107.
(53) Navarro Althaus, M., "El sistema de penas en el CP peruano de 1991". *Op. Cit.,* p. 98.

comportamiento conforme a la norma no será perjudicado si él portar o utiliza arma de fuego. La cuestión tiene que ver directamente con la búsqueda de respuestas jurídico-penales apropiadas a la percepción social de que algunos objetos, como las armas de fuego, son especialmente peligrosos: si se considera que un sujeto, por haber cometido un delito valiéndose de objeto similar, no afianza a la sociedad un respeto a las normas, el Derecho penal actuará reduciendo coercitivamente los riesgos que la tenencia de tales objetos podría acarrear a la sociedad.

No obstante, la amplitud de la pena prevista en el numeral 6 del artículo 67
36 del CP peruano parece demasiada. Dicho dispositivo permite la suspensión o la cancelación del derecho de portar estos objetos cuando el delito haya sido practicado bajo el efecto de drogas o alcohol. Específicamente en este caso, la prohibición del porte o uso de estos objetos parece tener en perspectiva más un reproche moral a determinadas *sustancias* y a personas que las utilizan, que necesariamente un gerenciamiento objetivo del abuso del derecho de portar armas de fuego. En consecuencia, se incrementan las exigencias de justificación por parte de las decisiones condenatorias, que deben exponer los fundamentos por los cuales esta modalidad de inhabilitación se muestra proporcionada en el caso, juicio que necesariamente debe considerar la naturaleza y la gravedad de la concreta infracción penal practicada por el agente.

Cuanto a la ejecución de esta modalidad de inhabilitación, corresponde 68
al juez de la ejecución enviar el testimonio de condena al órgano del Ministerio del Interior encargado de hacer el control de armas(54).

7. Inciso 7

"Suspensión, cancelación o incapacidad definitiva para obtener autoriza- 69
ción para conducir cualquier tipo de vehículo".

También en esta hipótesis, la pena de inhabilitación encuentra un amplio 70
espacio de coherencia y conveniencia político-criminal. La práctica de delitos relativos al tránsito no necesariamente demuestra una desestructuración moral por parte del autor del crimen. Si las penas privativas de libertad se encuentran en franca crisis operativa y de legitimidad, menos motivos aún habría para conminarlas como respuesta a situaciones en que la censura penal y la administración jurídica de los riesgos sociales pueden ocurrir de formas menos

(54) Villegas Paiva, E., *La suspensión de la pena y la reserva del fallo condenatorio: problemas en su determinación y ejecución. Op. Cit.*, p. 107.

dañosas, sea a los individuos o a la sociedad misma (por ejemplo, regla de *necesidad* del test de proporcionalidad en sentido amplio).

71 Además, nuevamente la idea del rol social se muestra determinante: si el individuo ha fallado en administrar adecuadamente su esfera de competencias como *conductor de un determinado vehículo*, tiene todo sentido penal y político-criminal que el castigo por este comportamiento ilícito viole este específico rol social, entre varios otros ejercidos por el autor en su vida comunitaria.

72 El tema de la inhabilitación en casos penales que involucran vehículos volverá a ser abordado más adelante, por ocasión del comentario al artículo 40 del CP. Con respecto a la ejecución de esta forma de inhabilitación, el testimonio de condena debe ser remitido por el juez de ejecución a los órganos administrativos responsables de los controles referentes al tránsito de vehículos.

8. Inciso 8

73 "Privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito".

74 La base de política criminal de esta sanción parece ser que una condena puede hacer que el penado sea considerado indigno de un reconocimiento estatal, que se le había conferido en atención al carácter extraordinario de un servicio bien prestado o a la especial rectitud de su conducta como agente público.

75 También en este caso, parece proporcionada la opción legislativa en el sentido de que esta modalidad de inhabilitación se restrinja a casos en los cuales el condenado ha delinquido valiéndose del cargo o posición que le proporcionó la distinción honorífica. Es posible que, internamente, la institución o corporación que otorgó el referido título al penado tenga políticas propias para administrar situaciones en que dicho reconocimiento deja de tener razón de ser –por ejemplo, si el delito por el cual la persona fue condenada es de tamaña gravedad que la persistencia del título que macula el honor o funcionalidad de la propia institución o corporación–. No obstante, tratándose de *penas*, atribuidas a individuos mediante un juicio de culpabilidad personal por un hecho determinado, sería jurídicamente inadecuado condenar a un individuo a perder un título, grado o distinción cuando su delito nada tuvo que ver con la posición pública correspondiente.

En el Acuerdo Plenario N° 2-2008/CJ-116, la Corte Suprema de Justi- 76
cia de Perú estableció dos aclaraciones respecto del inciso 8 del artículo 36 del CP, que merecen especial destaque. (a) En primer lugar, hay que entender que la privación del título público de reconocimiento del mérito es de naturaleza *definitiva*. No obstante, desde que la condena sea terminada, el penado tendrá la plena posibilidad jurídica de obtener los mismos títulos distintivos u otros diferentes. Esto no implica que el título afectado por la condena sea recuperado, lo que no sería permitido por el ordenamiento penal, visto que la pérdida es definitiva. Al revés, lo que se permite al condenado es ser contemplado con otros títulos de honor, obtenidos *por una acción suya ulterior*. (b) En segundo lugar, una vez determinada la condena, la decisión será remitida a la institución o corporación que otorgó el título, distinción o grado militar o policial, para que el cumplimiento de la pena se haga de manera efectiva.

9. Inciso 9

> "Incapacidad definitiva para ingresar o reingresar al servicio docente o 77
> administrativo en instituciones de educación básica o superior, pública o privada, en el Ministerio de Educación o en sus organismos públicos descentralizados o, en general, en todo órgano dedicado a la educación, capacitación, formación, resocialización o rehabilitación, o para ejercer actividad, profesión, ocupación u oficio que implique la enseñanza, el cuidado, vigilancia o atención de niñas, niños o adolescentes o del alumnado de educación superior tanto técnica como universitaria de las personas condenadas con sentencia consentida o ejecutoriada por delitos graves (...)".

Esta modalidad de inhabilitación pasó a integrar el ordenamiento jurí- 78
dico-penal peruano por fuerza de la Ley N° 30901, publicada el 29 de diciembre de 2018. Este documento normativo establece, entre otras disposiciones, algunas medidas de carácter extraordinario, direccionadas a impedir que personas conenadas por delitos especialmente graves, puedan ingresar o reingresar al servicio docente o administrativo, en instituciones de educación básica o superior, pública o privada, en el Ministerio de Educación o en sus organismos públicos descentralizados o, en general, en cualquier órgano dedicado a la educación, capacitación, formación, resocialización o rehabilitación, o para ejercer actividad, profesión, ocupación u oficio que implique la enseñanza, el cuidado, vigilancia o atención de niñas, niños o adolescentes o del alumnado de educación superior.

79 La inhabilitación referida solo es aplicable a los autores y partícipes de los delitos de: terrorismo (Art. 36 inc. 9, numeral a); apología del delito de terrorismo (Art. 36 inc. 9, numeral b); *trata de personas, formas agravadas de trata de personas, explotación sexual y esclavitud y otras formas de explotación,* previstos en los artículos 153, 153-A, 153-B y 153-C (Art. 36 inc. 9, numeral c); Homicidio simple, parricidio, homicidio calificado y Feminicidio (Art. 36 inc. 9, numeral d); *lesiones graves y lesiones graves por violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar* (Art. 36 inc. 9, numeral e); *violación sexual, violación de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir, violación de persona en incapacidad de dar su libre consentimiento, violación sexual de menor de edad, violación de persona bajo autoridad o vigilancia, violación sexual mediante engaño, tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento, tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos en agravio de menores, proxenetismo y ofensas al pudor público* (Art. 36 Inc. 9, numeral f); *tráfico ilícito de drogas, previsto en la Sección II, se impone obligatoriamente en la sentencia como pena principal* (Art. 36 Inc. 9, numeral g).

80 La propuesta político-criminal de este tipo de inhabilitación parece ser claramente direccionada por ideales de neutralización, pues busca apartar de sus actividades a docentes, funcionarios y a toda persona cuyos comportamientos se entienden como peligrosos para los niños, adolecentes y jóvenes que se encuentran cursando la etapa escolar y estudios superiores, respectivamente. La finalidad es evitar que los estudiantes sean expuestos a determinados riesgos de victimización; o, asimismo, en el caso del terrorismo y apología al terrorismo, la inhabilitación también busca prevenir la difusión de ideales valorados como social y políticamente negativos. En ambas situaciones, las finalidades son perseguidas mediante penas de efectos de inocuización.

81 Pero el numeral 9 también indica un evidente uso del refuerzo punitivo del Derecho penal en favor de finalidades políticas que están orientadas a fines educacionales. Según la fundamentación del Decreto Supremo N° 004-2017-MINEDU, en que el Poder Ejecutivo reglamentó la Ley N° 29988 –que precedió a la Ley N° 30901–, el docente es comprendido como "agente fundamental del proceso educativo", cuya labor exige "idoneidad profesional", "probada solvencia moral" y "salud física y mental que no ponga en riesgo la integridad de los estudiantes". Así, la pena de inhabilitación mencionada busca neutralizar a las personas que están involucradas con actividades que socialmente son calificadas como negativas y peligrosas; por eso, se excluye a dichas personas del sistema educacional, a fin de preservar los estándares de funcionalidad y contenido del sistema educativo.

10. Inciso 10

"Privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos". 82

Los numerales del 10 al 12 del artículo 36 del CP peruano han sido introducidos por la Ley N° 30076, cuya expresa finalidad político-criminal fue, de acuerdo con su texto, "combatir la inseguridad ciudadana". Esto inserta estas alteraciones legislativas en un contexto más allá de las fronteras de Perú, más específicamente caracterizado por un incremento del rigor punitivo como estrategia primaria de administración de los déficits de seguridad pública(55). 83

Aquí, la inhabilitación trata respecto al derecho de ir, venir y permanecer. En la medida en que el penado no logra prestar seguridad cognitiva de que su presencia en determinados sitios no implicará el quebrantamiento de la norma jurídico-penal, su derecho de locomoción es limitado, con claros propósitos de prevención especial negativa. En términos más concretos, se busca evitar la ocurrencia de procesos de victimización, apartando al ofensor de locales que aumentarían los riesgos de incurrir en conductas delictivas. 84

Ejemplo común es el de individuos cuya transgresión está relacionada a su participación en peleas entre aficionados de equipos de fútbol, motivo por el cual la inhabilitación podría recaer sobre el derecho del ciudadano a ir a estadios y sus vecindades. O, también, el de individuos implicados en agresiones practicadas en bares, o bajo el consumo problemático de alcohol, lo que podría motivar una pena de inhabilitación sobre su derecho a frecuentar referidos establecimientos u otros sitios que comercializan semejantes substancias. 85

Sin embargo, teniendo en cuenta la gravedad que esta intervención estatal representa para los derechos fundamentales de las personas, la imposición de esta modalidad punitiva debe darse de manera restricta a situaciones de incuestionable necesidad político-criminal. Además, la sentencia debe contener suficiente motivación, que justifique adecuadamente tamaña constricción de derechos y presente detalles del alcance de la intervención (por ejemplo: qué locales están prohibidos en específico, qué sitios análogos también deben ser evitados, entre otros aspectos relevantes para posibilitar al penado respetar la norma de sanción), de tal forma a expresar con más coherencia la relevancia de la medida en función del rol social ejercido por la persona. 86

(55) Sobre el creciente recurso al Derecho penal como estrategia de administración de riesgos sociales relativos a la sensación de inseguridad, especialmente mediante nuevas criminalizaciones y el endurecimiento punitivo, véase Pérez Cepeda, A., *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho penal postmoderno* y Díez Ripollés, J., *La racionalidad de las leyes penales. Op. Cit.*

11. Inciso 11

87 "Prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, sus familiares u otras personas que determine el juez".

88 Mientras el inciso anterior parece referirse más ampliamente a estrategias situacionales de prevención, apartando al individuo de ubicaciones y contextos sociales que pueden incentivar la práctica de delitos por él, el ítem 10 colocar a *personas* específicas en el centro de la medida punitiva. Es decir, la inhabilitación aquí también recae sobre el derecho de ir, venir y permanecer del ofensor, pero esta limitación guarda relación con la protección o de víctimas, o de otras personas que, potencial o efectivamente, se encuentran amenazadas.

89 También aquí la idea es claramente de prevención especial negativa, neutralizando los riesgos de victimización al buscar impedir que el sujeto agresor se aproxime a las víctimas actuales o potenciales, o con ellas se comunique. La estrategia remite a las medidas de alejamiento características de legislaciones orientadas a una protección diferenciada de grupos y personas que se encuentran bajo un alto riesgo de victimización ("discriminación positiva")[56]. Sin embargo, el CP peruano no las positiva como medidas procesales, sino que las constituye como intervenciones auténticamente penales, orientadas a la prevención contra riesgos de victimización elevados mediante la neutralización del peligro[57].

90 No obstante, hay que se tener en cuenta la necesidad de cautela en la aplicación de esta medida punitiva, para que las buenas intenciones legislativas no se sobrepongan a una realidad de disfuncionalidad punitiva. Es decir, hay que cuidar para que la intervención penal no deje al menos de buscar aprehender la complejidad del conflicto bajo su control, incluso para perseguir una resolución más efectiva. Especialmente en casos de violencia de género, estudios victimológicos indican una realidad en que los procesos de victimización no raramente incluyen complejas relaciones entre víctima y agresor, incluso con grados preocupantes de dependencia económica o afectiva. Estas peculiaridades, sensibles al saber victimológico, no siempre logran ser bien incorporadas

(56) Sobre el tema, véase Faraldo Cabana, P., "Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género". En: *Revista Penal* N° 17, pp. 72-94; y Polaino-Orts, M., "La legitimación constitucional de un Derecho penal sui géneris del enemigo frente a la agresión a la mujer: comentario a la STC 59/2008, de 14 de mayo". En: *InDret* 3/2008.

(57) Arbulú Martínez, V., "Política criminal contra la inseguridad ciudadana: comentarios a la Ley N° 30076". En: *Departamento de Investigación y Documentación Parlamentaria - DIDP*, septiembre 2013.

por un raciocinio jurídico-penal que, en verdad, es norteado por un más restricto binomio *lícito/ilícito*[58].

Es decir, hay que tener en cuenta el constante riesgo de que una intervención punitiva, o preventiva en términos de pura neutralización, no necesariamente llevará en cuenta intereses muy concretos de una víctima involucrada en contextos sociales y económicos de altísima complejidad. La cuestión pasa por encontrar respuestas que sí tengan en cuenta las necesidades de protección de las víctimas y de imposición de una censura penal ante el ofensor, pero que lo hagan teniendo siempre en cuenta las modernas demandas sociales de que la solución penal transponga la mera "resolución del caso", pasando a preocuparse en mayor medida con una más efectiva "resolución del conflicto"[59]. 91

12. Inciso 12

"Prohibición de comunicarse con internos o visitar establecimientos penitenciarios". 92

La Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, en octubre de 2012, emitió la Resolución Administrativa N° 116-2012-SP-CS-PJ, en la cual establece algunos comentarios respecto de las propuestas de modificación del Código Penal, que vendrían a generar aquel que actualmente consiste en el numeral 12 del artículo 36. Más específicamente, la Sala Penal de la mencionada Corte afirmó que la prohibición de visitar establecimientos penitenciarios o comunicarse con sus internos "elimina las prácticas más comunes que ocurren en nuestro país, ligadas a la delincuencia colectiva, esto es, la comunicación e incluso entrevista personal mediante las visitas a otros reclusos con diferentes finalidades tendentes a coadyuvar o a realizar conductas criminales" (ítem 16). 93

Así, el fundamento sería inhibir conductas cuyo itinerario criminal empieza en las cárceles, pero las transciende. Lo que se ambiciona es afectar un derecho de visitación o de comunicación con presos, cuyo ejercicio o goce se entiende que podría ocasionar un accionar ilícito "a título de autoría mediata"; es decir, 94

(58) Véase Corcoy Bidasolo, M., "Problemática jurídico-penal y político-criminal de la regulación de la violencia de género y doméstica". En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* N° 34, pp. 305-347.

(59) Respecto del proceso de transición en Derecho penal del paradigma del hecho en dirección a un paradigma del conflicto, *a priori* más direccionado a la satisfacción de los intereses de la víctima y a la aprehensión de las complejidades intersubjetivas de los problemas penales, Zabel, B. "¿Del hecho al conflicto? Sobre el cambio de función del Derecho penal de la culpabilidad". En: *Indret* 1/2018.

la planificación desde los centros penitenciarios de "delitos graves como secuestro, extorsión o robos", ejecutados a partir de órdenes criminales que salen de dentro de las cárceles(60).

95 Ejemplo similar en el contexto brasileño es la institución del Régimen Disciplinar Diferenciado (RDD), que, a pesar de no ser una pena propiamente dicha, afecta el derecho *del interno* de comunicarse con otros encarcelados o personas de su núcleo social. Es decir, por un lado, el RDD en Brasil tiene aplicación más restricta que la pena de inhabilitación del CP peruano. Por otro, sin embargo, las implicaciones del primero parecen ser comparativamente aún más duras. El RDD consiste en un instrumento de ejecución penal de gran intensidad constrictiva, de carácter inocuizador, por lo cual el preso es sometido a una serie de medidas extremadamente constrictivas: encarcelamiento en una pequeña ceda individual, en general sin ventanas; graves restricciones en las posibilidades de interaccionar con otros presos; privación de actividades de naturaleza educativa, recreativa o laboral; limitaciones en sus derechos de comunicación con familiares. En Brasil, el RDD recae sobre el preso en respuesta a una conducta nociva por él realizada en la cárcel (infracciones a las reglas internas); o, además, como una medida de aseguramiento derivada de la constatación de que dicho individuo, (i) o participa de grupos criminales organizados, (ii) o, por cualquier otro motivo, representa un factor de grave inseguridad.

96 Dicho de otra manera, también aquí hay finalidades que van más allá de la disciplina dentro de las cárceles, alcanzando propósitos de neutralizar la actuación de grupos criminales más o menos organizados cuyas actividades no raramente son planeadas desde dentro de los establecimientos penitenciarios brasileños(61). En todo caso, los problemas de la experiencia de Brasil pueden servir como alerta para los riesgos que la medida punitiva prevista en el CP peruano puede conllevar en su concreta operatividad.

97 Primeramente, la literatura especializada brasileña no constata evidencias claras de que el RDD tenga relación con una eventual disminución de rebeliones carcelarias, incluso debido a dificultades del Estado de contener el surgimiento de nuevas "cabezas" dentro de las organizaciones. En segundo lugar, por más que el RDD sea altamente indeseable entre los encarcelados, pesquisas empíricas en Brasil han constatado que la imposición de tales medidas

(60) Arbulú Martínez, V., "Política criminal contra la inseguridad ciudadana: comentarios a la Ley N° 30076". *Op. Cit.*, p. 17.

(61) Braga, A., *A identidade do preso e as leis do cárcere*, pp. 136-137.

acaba por, paradojalmente, atribuir poder y prestigio a aquellos que a ellas son sometidos: su especial rigidez termina por elevar a los individuos afectados a una posición de "liderazgo consolidado" dentro de las organizaciones criminales, como alguien que merece respeto por haber sido radicalmente insumiso al *establishment* de las reglas puestas(62). Así, hay seria crítica en Brasil en el sentido de que el RDD, de lógica muy similar a la del numeral 12 del CP peruano (aunque en Brasil, sea aplicado *solamente a quien ya integra los centros penitenciarios*), sea un problemático ejemplo de técnica legislativa inconsistente, visto que hay un aparente desequilibrio entre el *impulso problemático* (por ejemplo, las cuestiones que llevaron a los poderes públicos a accionar) y las reales formulaciones y concreciones de la respuesta jurídica correspondiente(63).

En el caso peruano, parece haber una necesidad todavía urgente de más 98
estudios empíricos, acerca (i) de cómo se ha operado la aplicación judicial de esta forma de inhabilitación (para saber, por ejemplo, qué personas son sus destinatarias preferenciales, qué conductas ilícitas incentivan los jueces a aplicarla, los fundamentos más utilizados en las decisiones judiciales etc.), así como también con respecto a (ii) cómo su implementación concretamente es llevada adelante por los órganos responsables por la ejecución penal. Son cuestiones relevantes para que la crítica científico-penal sea equipada con un más sólido substrato empírico-criminológico.

13. Inciso 13

"Incapacidad definitiva o temporal para la tenencia de animales". 99

En el año de 2016, fue introducida en el ordenamiento jurídico peruano la 100
Ley N° 30407, un amplio documento normativo direccionado a la regulación jurídica de estrategias para la protección y bienestar animal, especialmente de vertebrados domésticos o silvestres mantenidos en cautiverio. No obstante tenga disposiciones de contenido también extrapenal, la referida ley posee una fuerte orientación punitiva, por ejemplo, elevando a la categoría de crimen la práctica de maltratos contra animales. Cuanto a las sanciones, además de establecer penas de cárcel y multa como castigo a conductas atentatorias contra el

(62) Salla, F., "O RDD é temido, mas confere prestígio aos que passam por ele". En: *Estado de S. Paulo*; y Dias, C. *Da pulverização ao monopólio da violência: expansão e consolidação do Primeiro Comando da Capital (PCC) no sistema carcerário paulista*, pp. 314-315.

(63) Dichos conceptos de evaluación de la solidez de las técnicas legislativas pueden ser mejor analizados en Navarro Frías, I., "Técnica legislativa y Derecho penal". En: *Estudios Penales y Criminológicos* Vol. XXX, pp. 236-238.

bienestar animal[64], se decidió por incluir una nueva modalidad de inhabilitación en el artículo 36 del CP. Esta es justamente la "incapacidad definitiva o temporal para la tenencia de animales".

101 Así como en otros numerales del mismo artículo, la finalidad político-criminal es que la respuesta penal se rellene de un determinado contenido de prevención especial negativa, apartando al agresor de situaciones en que él ha incurrido en prácticas de victimización animal. De manera que la imposición de esta forma de sanción solo tendrá sentido si recae sobre individuos cuyo delito tenga que ver con una violación de las expectativas normativas, mantenidas por la sociedad, de que el bienestar de los animales sea protegido.

102 Sin embargo, hay que resaltar que la ley excepcionó de su ámbito de aplicación determinadas prácticas que, no obstante sean frecuentemente interpretadas como casos típicos de agresión al bienestar animal, son consideradas "socialmente adecuadas" bajo una perspectiva cultural. Así es el caso expreso de las corridas de toros, peleas de toros y peleas de gallos, además de otros eventos que la ley denomina "espectáculos declarados de carácter cultural por la autoridad competente, las que se regulan por ley especial". La cuestión es polémica no solo en el ámbito jurídico-penal, despertando críticas de ambientalistas y defensores más contundentes de la integridad animal.

103 No obstante la innovación legislativa tiene un razonable propósito, además de guardar coherencia con los fundamentos de las otras penas de inhabilitación, la idea puede mostrarse contraproducente a largo plazo en términos preventivos, de acuerdo con las peculiaridades de la persona condenada. Eso porque, de depender del perfil del agresor y su histórico de vida, propuestas terapéuticas que involucren distintos niveles de convivencia con animales pueden tener interesantes efectos, en el sentido de inducir en la vida del condenado formas más apropiadas y empáticas de relación entre seres humanos y animales. En todo y cualquier caso, la definición de los caminos terapéuticos más adecuados para los agresores dependerá de sus específicas circunstancias personales, siendo posible inclusive que la convivencia con animales sea una medida contraindicada. No hay, así, según la literatura especializada, una propuesta de tratamiento padrón, capaz de abarcar todas las realidades delictivas

(64) La ley considera el bienestar animal como el "conjunto de elementos que se refieren a la calidad de vida de los animales, basado en la protección de las especies, respeto a sus hábitats naturales y adaptación a los entornos brindados por el ser humano que les permita desarrollarse y mantener un comportamiento natural y un estado de plena salud física y mental que implica aspectos de sensibilidad referidos principalmente al dolor y al miedo" (Ley N° 30407).

y personales (*one size fits all*). Pero también es verdad que, bajo determinadas condiciones, iniciativas de *animal-assisted therapy* pueden poseer relevante efectividad preventiva, de carácter más socialmente inclusivo que la inhabilitación[65], en general más excluyente (especialmente con respecto a su modalidad definitiva).

IV. Bibliografía

ADLER, Freda, *Nations not obsessed with crime.* Rothman & Co., Littleton, Colorado, 1983; AGUADO CORREA, Teresa, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal.* Edersa, Madrid, 1997; ALEXY, Robert, "La fórmula del peso". En: CARBONELL, Miguel / GRÁNDEZ CASTRO, Pedro (organizadores), *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo.* Palestra, Lima, 2010; ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais.* 2ª edición. Traducción Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editores, São Paulo, 2012; ARBULÚ MARTÍNEZ, Víctor Jimmy, "Política criminal contra la inseguridad ciudadana: comentarios a la Ley N° 30076". En: *Departamento de Investigación y Documentación Parlamentaria - DIDP*, septiembre 2013. Disponible en <http://www2.congreso.gob.pe> (acceso 10/09/2018); BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales.* 3ª edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007; BRAGA, Ana Gabriela Mendes, *A identidade do preso e as leis do cárcere.* Tesis de Maestría - Universidad de São Paulo, Facultad de Derecho, São Paulo, 2008; BRENES VARGAS, Rodolfo, "Crónica de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". En: *Revue Internationale de Droit Pénal* Vol. 83, 2012/1; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, "Problemática jurídico-penal y político-criminal de la regulación de la violencia de género y doméstica". En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* N° 34, Valparaíso 2010; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas.* Organizaciones de las Naciones Unidas, Washington, D.C., 2011; CULLEN, Francis Taylor, "Rehabilitation: beyond nothing works". En: Crime *and Justice* N° 1, Vol. 42, 2013; DIAS, Camila Caldeira Nunes, *Da pulverização ao monopólio da violência: expansão e consolidação do Primeiro Comando da Capital (PCC) no sistema carcerário paulista.* Tesis Doctoral - Universidad de São Paulo, Facultad de Filosofía, Letras y Ciencias Humanas. São Paulo, 2011; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales.* Trotta, Madrid, 2003; ESPÍNDOLA MORALES, Luis, "Nota introductoria". En: RÍOS VEGA, Luis Efrén, 104

(65) RISLEY-CURTISS, C. / HOLLEY, L. / WOLF, S., "The Animal-Human Bond and Ethnic Diversity". En: *Social Work* Vol. 51, pp. 257-268, 2006; y PARFITT, C. / ALLEYNE, E., "Animal abuse proclivity: behavioral, personality and regulatory factors associated with varying levels of severity". En: *Psychology, Crime & Law* Vol. 24, pp. 538–557.

Rehabilitación del sufragio. El debate de la condena condicional. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2014; FARALDO CABANA, Patricia. "Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género". En: *Revista Penal* N° 17, 2006; GARLAND, David, *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Traducción Máximo SOZZO. Gedisa, Barcelona, 2005; GARLAND, David, *The culture of control: crime and social order in contemporary society*. Chicago, The University of Chicago Press, 2001; GOMES, Mariângela Gomes de Magalhães, *O princípio de proporcionalidade no direito penal*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003; GRÁNDEZ MARIÑO, Agustín, "La ley sin objeto: un análisis de la Ley N° 29988". En: *Actualidad Jurídica* N° 231, Gaceta Jurídica, Lima 2013; HASSEMER, Winfried, "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos". Traducción Elena LARRAURI. En: BUSTOS RAMÍREZ, Juan (director), *Pena y Estado: función simbólica de la pena*. Editorial Jurídica ConoSur. Santiago de Chile, 1995; ISENSEE, Josef, *Das Grundrecht auf Sicherheit: zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*. Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1983; JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*. AdHoc, Buenos Aires, 1997; JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Traducción de Manuel CANCIO MELIÁ y Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ. Civitas, Madrid, 2000; JAPIASSÚ, Carlos, "Alternativas à prisão no Brasil: instrumentos para a redução da população carcerária ou para a ampliação do controle estatal?". En: *Derecho penal* N° 1, año 1, Buenos Aires, mayo 2012; JESTAEDT, Matthias, "La teoría de la ponderación: sus fortalezas y debilidades". En: MONTEALEGRE, Eduardo (coordinador), *La ponderación en el Derecho*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008; LUHMANN, Niklas, *El derecho de la sociedad*. 2ª edición. Traducción Javier TORRES NAFARRETE. Herder, Ciudad de México, 2005; LUHMANN, Niklas, "Grundrechte als Institution". En: *Beitrag zur politischen Soziologie*. Duncker & Humblot, Berlin, 1974; MAGALLANES REYES, Claudio Alberto, *Muerte civil e inhabilitación de servidores y funcionarios públicos en América Latina. Informe Temático N° 44/2015-2016*. Congreso de la República, Lima, 2016. Disponible en <http://www2.congreso.gob.pe> (acceso 12/09/2018); MANCILLA, Nathaly, "La constitución (chilena) y los derechos fundamentales ante los intentos desdiferenciadores de la política". En: CADENAS, Hugo / MASCAREÑO, Aldo / URQUIZA, Anahí (editores), *Niklas Luhmann y el legado universalista de su teoría: aportes para el análisis de la complejidad social contemporánea*. RIL Editores, Santiago de Chile, 2012; MARIN, Gustavo de Carvalho, *Proporcionalidade e interpretação penal*. LiberArs, São Paulo, 2018 (en edición); MARIN, Gustavo de Carvalho, *Verificação da proporcionalidade na interpretação do direito penal: análise da aplicação pelo STF entre os anos de 2011-2012*. Tesis de Maestría Universidad de São Paulo, Facultad de Derecho, São Paulo, 2015; MARTINSON, Robert, "What works? - questions and answers about prison reform". En:

The Public Interest Vol. 35, Spring 1974; NAVARRO ALTHAUS, Martín, "El sistema de penas en el CP peruano de 1991". En: HURTADO POZO, José (organizador), *Anuario Derecho penal 97-98: el sistema de penas del nuevo Código Penal*. Grijley, Lima, 1999; NAVARRO FRÍAS, Irene, "Técnica legislativa y Derecho penal". En: *Estudios Penales y Criminológicos* Vol. XXX, 2010; NEVES, Marcelo, *A constitucionalização simbólica*. Editora Académica, São Paulo, 1994; NEVES, Marcelo, *Entre Hidra e Hércules, princípios e regras constitucionais*. Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2013; NEVES, Marcelo, "From the autopoiesis to the allopoiesis of law". Traducción Margaret GRIESSE y Jeffrey HOFF. En: *Journal of Law and Society* N° 2 Vol. 28, jun. 2001, Oxford, Blackwell Publishers; PARFITT, Charlotte Hannah / ALLEYNE, Emma, "Animal abuse proclivity: behavioral, personality and regulatory factors associated with varying levels of severity". En: *Psychology, Crime & Law* Vol. 24, N° 5, 2017; PAWLIK, Michael, "Rezension zu 'Kultur der Kontrolle'". En: *ZIS - Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* N° 3, 2009; PAWLIK, Michael, *Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo*. LiberArs, São Paulo, 2012; PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho penal postmoderno*. Iustel, Madrid, 2007; POLAINO-ORTS, Miguel, *Funcionalismo normativo: bases dogmáticas para el nuevo sistema de justicia penal*. CESCIJUC, México D.F., 2014; POLAINO-ORTS, Miguel, "La legitimación constitucional de un Derecho penal sui géneris del enemigo frente a la agresión a la mujer: comentario a la STC 59/2008, de 14 de mayo". En: *InDret* 3/2008; PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto, *Las penas*. Manuscrito puesto a disposición en línea por la Universidad de San Martín de Porres. Disponible en <http://www.derecho.usmp.edu.pe> (acceso 12/09/2018); RISLEY-CURTISS, Christina / HOLLEY, Lynn / WOLF, Shapard, "The Animal-Human Bond and Ethnic Diversity". En: *Social Work* Vol. 51, N° 3; ROBINSON, Paul, *Principios distributivos del Derecho penal: a quién debe sancionarse y en qué medida*. Traducción Manuel CANCIO e Iñigo ORTIZ DE URBINA. Marcial Pons, Madrid, 2012; RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, Julio, "Principio de resocialización y la inhabilitación permanente". En: *Boletín Anticorrupción y Justicia Penal* N° 2, marzo 2016; SAAD-DINIZ, Eduardo, "Reglas de proporcionalidad y oportunidad en la interpretación penal". En: *Revista de Derecho penal* 1/2014; SAAD-DINIZ, Eduardo, "Regras de proporcionalidade e oportunidade na interpretação penal". En: OLIVEIRA, William Terra de *et al. Direito penal econômico: estudos em homenagem a os 75 anos do Professor Klaus Tiedemann*. LiberArs, São Paulo, 2013; SALLA, Fernando, "O RDD é temido, mas confere prestígio aos que passam por ele". En: *Estado de S. Paulo,* Caderno Aliás, 20 Ago. 2006; SAMPSON, Robert, *Great American City: Chicago and the enduring neighborhood effect*. Chicago Press, Chicago, 2012; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, "La suspensión condicional de la ejecución de la pena principal de libertad y la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión u oficio". En: *Actualidad Penal* N° 39, Madrid, octubre 1999; TORRES PACHAS, David, "Caso Miguel Chehade Moya: sentencia de segunda instancia

recaída en el Expediente N° 00034-2012-7-1826-JR-PE-03". En: *Proyecto Anticorrupcipon del IDEHPUCP - Boletín* N° 30, octubre 2013; UNITED NATIONS, *General Comment adopted by the Human Rights Committee under Article 40, paragraph 4, of the International Covenant on Civil and Political Rights - Addendum: General Comment* N° 25 (57). Ginebra, 27/08/1996; VILLEGAS PAIVA, Elky, *La suspensión de la pena y la reserva del fallo condenatorio: problemas en su determinación y ejecución*. Gaceta Jurídica, Lima, 2014; WEISSMAN, Marsha, "Aspiring to the impracticable: alternatives to incarceration in the era of mass incarceration". En: *N.Y.U. Review of Law & Social Change* Vol. 33, Nueva York, 2009; ZABEL, Benno, "¿Del hecho al conflicto? Sobre el cambio de función del Derecho penal de la culpabilidad". Traducción de Andrés FALCONE. En: *Indret* 1/2018; ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho penal. Parte general*. 2ª edición. Ediar, Buenos Aires, 2006.

§ 37
Naturaleza principal y accesoria de la pena de inhabilitación

EDUARDO SAAD-DINIZ
Universidad de São Paulo
(Brasil)

Sumario

	Nm	P		Nm	P
I. Comentario.....	1	639	II. Bibliografía.....	21	645

§ 37.- Inhabilitación principal o accesoria

"La pena de inhabilitación puede ser impuesta como principal o accesoria".

I. Comentario

En lo que concierne a la aplicación de la inhabilitación como principal o como accesoria, la figura del juez gana especial relevancia, desde su particular condición de "unidad ética"[1] que confiere al ordenamiento jurídico su sentido normativo concreto en la decisión judicial. En esa aplicación de la pena de inhabilitación como principal o accesoria, creando espacio de interpretación judicial para una más racional y adecuada imposición de restricción de libertades personales, importa mucho más que las medidas puedan ser eficaces en la reducción de la criminalidad y en la promoción de estrategias de subjetivación del ofensor y de la víctima de que su mayor o menor superconsistencia teórica o coherencia con teorías abstractas sobre los fines preventivos de la pena. 1

Importa mucho más que se puedan identificar con clareza las posibilidades de verificación de derechos fundamentales en caso de aplicación desproporcional o imperfecciones en la interpretación resultante de excesivo subjetivismo decisorio de que el sobrecultivo teórico de los fines de la pena. 2

El modelo pensado por AIRES y BRAITHWAITE puede ser bien explicativo. Es posible diferenciar los eslabones del comportamiento relevante para el Derecho penal orientados, por un lado, por la mayor o menor gravedad de la ofensa, y, por otro, por la mayor o menor incidencia de institucionalización del conflicto, desde los mecanismos más básicos de control social informal y 3

(1) JESTAEDT, M., *Das mag in der Theorie richtig sein... Vom Nutzen der Rechtstheorie für die Rechtspraxis.*

eficacia colectiva (persuasión, diálogo, justicia restaurativa, notificación) hasta su formalización (sanciones administrativas, civiles, penales, hasta la inhabilitación o incapacitación). La adecuación y la proporcionalidad encuentran su armonización precisamente en ese equilibrio entre la gravedad de la ofensa y su institucionalización.

4 La inhabilitación ocupa la cumbre de la "pirámide regulatoria", la idea rectora es que la imposición de una pena no sea más que cierta (así lo es ya desde BECCARIA, ¡en verdad!), siendo un despropósito su severidad. La certeza de la amenaza no resulta de su aplicación, sino que es meramente simbólica. Al poner en la cumbre la certeza de la punición, se acaba por crear la siguiente paradoja regulatoria: solamente porque hay certeza en la punición de conductas más graves es que se abre espacio para resolución menos institucionalizada de los conflictos por medio del diálogo y de la persuasión.

5 Ese modelo y la realización de su paradoja, sin embargo, presuponen estabilidad de las instituciones, coherencia en la formulación de los eslabones de comportamiento, comprensión de la seriedad y gravedad de conductas, y, sobre todo, que haya certeza en la amenaza simbólica desde la cumbre de la pirámide. Sin eso, se disuelve la paradoja y el sistema pasa a reaccionar de forma desproporcional, generando toda suerte de problemas: incerteza, sensación de inseguridad, reacción simbólica y altamente selectiva en determinados casos, y, en últimas circunstancias, pérdida de la calidad normativa del ordenamiento jurídico(2).

6 Debido a la configuración razonable de esos eslabones es que se entiende en el CP peruano que, en determinados supuestos, se impone la inhabilitación de incapacidad definitiva de ejercer determinados roles como obligatoria en la sentencia como pena principal.

7 El CP peruano trae algunas referencias interpretativas para la individualización de la pena en su artículo 46. Para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, orientar que la figura ética del decisor evalúe la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad. Esa evaluación es basada en un juicio valorativo sobre la naturaleza de la acción; medios empleados; deberes infringidos; extensión del

(2) BRAITHWAITE, J., "Responsive regulation and developing economies". En: *World Development*, 34/2006, pp. 884-898. Discutimos ese modelo con mayor riqueza de detalles en SAAD-DINIZ, E., *Victimologia corporativa: um novo campo de pesquisa nas ciências criminais* (por publicar).

daño o peligro causados; circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión, móviles y fines; unidad o pluralidad de los agentes; edad; educación, situación económica y medio social, reparación espontánea que hubiere hecho del daño; confesión sincera antes de haber sido descubierto; condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento del agente; habitualidad del agente al delito. Es decir, el propio CP peruano ofrece al decisor criterios para situar su interpretación sobre las concretas condiciones o motivaciones en torno a las que el ofensor actúa.

Al incorporar esos elementos, el CP peruano ya establece sus prioridades político-criminales, permitiendo ofrecer una *respuesta personalizada a acciones concretas realizadas por las personas*. 8

Hay en eso mucha coherencia con la elección racional de medida de inhabilitación. La medida *personalizada* puede generar efectos de reducción de la criminalidad en el ámbito individual, especialmente pudiendo incidir sobre posibles motivaciones personales o condiciones concretas bajo las que se produjo el delito. Es precisamente en la toma de decisión judicial donde el ordenamiento traslada el juicio valorativo desde la especulación universal abstracta sobre expectativas de comportamientos humanos para la verificación de las concretas condiciones en que se dio la conducta típica y punible. 9

Se trata, en últimas consecuencias, de la medida para evitar que el ordenamiento penal considere que, en muchos casos, las personas involucradas en contextos delictivos no son necesariamente "malas personas", moralmente desestructuradas o, bajo un aún más indeseable razonamiento determinista, que son delincuentes "de por vida". 10

En función de ese referencial interpretativo, también deberían ser concebidas las medidas de inhabilitación. La verdad es que en la mayoría de los casos a las personas les gustaría mantener un comportamiento colaborativo y fiel al ordenamiento, pero, en verdad, por carencias concretas cotidianas, simplemente no encuentran *condiciones para realizar su libertad sin cometer delitos*. La inhabilitación debe tener en cuenta esas condiciones para atender a sus finalidades político-criminales y puedan, al fin y al cabo, generar espacios de realización de la subjetividad individual. 11

Los principales efectos de la inhabilitación en el CP peruano, determinadas en las sentencias, son, textualmente: 1. privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular; 2. incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público; 3. suspensión de los derechos políticos que señale 12

la sentencia; 4. incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia; 5. incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela; 6. suspensión o cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego. Incapacidad definitiva para renovar u obtener licencia o certificación de autoridad competente para portar o hacer uso de armas de fuego, en caso de sentencia por delito doloso o cometido bajo el influjo del alcohol o las drogas; 7. suspensión, cancelación o incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir cualquier tipo de vehículo; 8. privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito; 9. incapacidad definitiva de las personas condenadas con sentencia consentida o ejecutoriada por los delitos de terrorismo, por el delito de apología del terrorismo, por cualquiera de los delitos de violación de la libertad sexual o por los delitos de tráfico ilícito de drogas para ingresar o reingresar al servicio docente o administrativo en instituciones de educación básica o superior, pública o privada, en el Ministerio de Educación o en sus organismos públicos descentralizados o, en general, en todo órgano dedicado a la educación, capacitación, formación, resocialización o rehabilitación; 10. privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos; 11. prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, sus familiares u otras personas que determine el juez; o, 12. prohibición de comunicarse con internos o visitar establecimientos penitenciarios; y 13. incapacidad definitiva o temporal para la tenencia de animales.

13 El hecho de que sea posible elegir si la pena de inhabilitación será empleada como medida principal o accesoria, a pesar de que aparentemente puedan representar un relevante refuerzo punitivo, en verdad genera muchos más problemas que soluciones prácticas al imputado.

14 El uso acumulativo de las medidas sancionatorias tiene poco sentido frente a la coherencia entre las estrategias de control social formal y la gravedad de la ofensa. El modelo unitario de aplicación exclusiva de una medida de carácter restrictivo suele ofrecer condiciones más favorales, adecuadas y proporcionales a la individualización del imputado. En ese particular, cabe, sin embargo, un esfuerzo en torno a una más intensiva verificación de derechos fundamentales, sobre todo en la correspondencia de gradación entre delito y pena.

15 Teniendo en cuenta la intrínseca relación entre proporcionalidad y orden constitucional –de contenido y alcance significativamente simbólicos y vastos–, la ubicación de la dogmática jurídico-penal en el concepto y aplicación

de la proporcionalidad marca diferencias no solamente como *ampliación* de derechos, sino que también como *restricción* de ellos[3].

16 Las constituciones modernas, de próxima relación de limitación y conformación con el Derecho penal, poseen en general estructuras caracterizadas por una inexorable tensión interna. Tales constituciones atribuyen a la autoridad política el poder de limitación de los derechos fundamentales por medio de la tipificación penal de conductas tenidas como socialmente dañosas, así como de aplicar sanciones en el caso de concreción de dichos comportamientos. No obstante, por un lado, estas mismas constituciones ejercen una función de protección de estos derechos fundamentales frente a las limitaciones impuestas por las decisiones jurídicas (legislativas y judiciales); por otro, simultáneamente, exigen que estas mismas decisiones protejan a estos mismos derechos, incluyéndose mediante el uso de la fuerza penal si es necesario. La cuestión involucra así delimitar lo que es constitucionalmente necesario, misión en que la proporcionalidad tiene una función de relevante criterio metodológico[4].

17 Por esta razón, la proporcionalidad realmente constituye un *límite a la limitación* de los derechos fundamentales, pero contiene en sí misma una ambivalencia directamente relacionada con la propia estructura de los derechos alcanzados por el Derecho penal –es decir, los derechos fundamentales no operan apenas mediante la imposición de límites a su propia limitación, sino que elevan también una determinada "pretensión de ejercicio". De ahí que la proporcionalidad sea aplicable no solamente para restringir la gravedad de medidas estatales en caso de intervenciones excesivas ("prohibición de exceso", *Übermaßverbot*), tornando también jurídicamente exigible[5] una postura positiva del Estado en situaciones en que el derecho fundamental es afectado por cuenta de una omisión estatal o de un fallo de los poderes públicos en proteger determinados derechos ("prohibición de defecto" o "de protección insuficiente", *Untermaßverbot*)[6].

(3) Saad-Diniz, E., "Reglas de proporcionalidad y oportunidad en la interpretación penal". En: *Revista de Derecho Penal* 1/2012, pp. 470-471.

(4) Bernal Pulido, C., "Proporcionalidad, derechos fundamentales y ley penal". En: Lascuraín Sánchez, J. / Rusconi, M. (directores), *El principio de proporcionalidad penal*, pp. 93 y 105.

(5) Ver Doménech Pacual, G., "Los derechos fundamentales a la protección penal". En: *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 78, pp. 360-365. Adoptando una perspectiva crítica, Silva Sánchez, J., "Una crítica a las doctrinas penales de la 'lucha contra la impunidad' y del 'derecho de la víctima al castigo del autor'". En: *Revista de Estudios de la Justicia* N° 11, pp. 35-56.

(6) Clérico, L., "El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto". En: Carbonell, M. / Grández Castro, P. (coordinadores), *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*, pp. 115-117.

18 Aunque de manera discutible, eso fue reconocido por la Corte Constitucional brasileña (el Supremo Tribunal Federal - STF) con ocasión del juzgamiento de la constitucionalidad de la criminalización de la posesión de armas de fuego *despojadas de munición* –más específicamente, en los Procesos de hábeas corpus N° 102.087/MG, 96.759/CE y 104.410/RS–. En tres decisiones proferidas por el ministro Gilmar Mendes, juez relator de los casos, la dimensión positiva de la proporcionalidad fue considerada relevante para interpretar lo que el magistrado consideró como obligaciones estatales que, positivamente, aseguran la estructura social contra comportamientos que, a su ver, tenían una peligrosidad intrínseca.

19 De todas maneras, debido al carácter ambivalente de la proporcionalidad, lo cual permite que ella figure como importante instrumento de mediación de las tensiones entre *restricción* y *ampliación* de derechos, parece apropiado trabajar con la comprensión de la proporcionalidad para ser caracterizada por una "doble cara"[7]. Así, sería un error, o al menos una problemática la pretensión de aislamiento del Derecho penal, considerarlo como la única área del sistema jurídico pasible de eximirse de un control constitucional más completo de la proporcionalidad de las intervenciones, indebidamente atribuyendo a las reglas de proporcionalidad un aspecto unilateral de prohibición de exceso, ignorando su dimensión positiva (cristalizada en la idea de prohibición de protección insuficiente[8] (reflejada en la noción de prohibición de defecto)[9].

20 El tema dice respecto no solamente a la definición sobre a qué título aplicar la inhabilitación, si de forma aislada o complementaria a una pena principal. Asimismo, la discusión de las demarcaciones entre un *exceso* y un *defecto* de tutela penal afecta directamente también la comprensión sobre la duración de las inhabilitaciones. Son problemas tratados de manera más profunda en el ítem subsecuente.

(7) Feldens, L., *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais*, p. 155 ss.

(8) Lenio Luiz Streck afirma que "el Derecho penal no puede ser tratado como si existiera solamente una especie de garantismo negativo", visto que "ningún campo del Derecho está inmune de esa vinculación constitucional". Streck, L., "Do garantismo negativo ao garantismo positivo: a dupla face do princípio da proporcionalidade". En: *JurisPoiesis* N° 7, p. 230.

(9) Hassemer, W., "¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?". En: Hefendehl, R. (editor), *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, pp. 98-103.

II. Bibliografía

BERNAL PULIDO, Carlos, "Proporcionalidad, derechos fundamentales y ley penal". En: LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio / RUSCONI, Maximiliano (directores), *El principio de proporcionalidad penal*. AdHoc, Buenos Aires, 2014; BRAITHWAITE, John, "Responsive regulation and developing economies". En: *World Development*, 34/2006; CLÉRICO, Laura, "El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto". En: CARBONELL, Miguel / GRÁNDEZ CASTRO, Pedro. (coordinadores), *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*. Palestra, Lima, 2010; DOMÉNECH PACUAL, Gabriel, "Los derechos fundamentales a la protección penal". En: *Revista Española de Derecho Constitucional* Nº 78, septiembre-diciembre 2006; FELDENS, Luciano, *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais*. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2005; HASSEMER, Winfried, "¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?". Traducción Beatriz SPÍNOLA TÁRTALO. En: HEFENDEHL, Roland (editor), *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Marcial Pons, Madrid, 2007; JESTAEDT, Matthias. *Das mag in der Theorie richtig sein... Vom Nutzen der Rechtstheorie für die Rechtspraxis*. Mohr Siebeck, Tübingen, 2006; SAAD-DINIZ, Eduardo, "Reglas de proporcionalidad y oportunidad en la interpretación penal". En: *Revista de Derecho Penal* 1/2012; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, "Una crítica a las doctrinas penales de la 'lucha contra la impunidad' y del 'derecho de la víctima al castigo del autor'". En: *Revista de Estudios de la Justicia* Nº 11, 2009; STRECK, Lenio Luiz, "Do garantismo negativo ao garantismo positivo: a dupla face do princípio da proporcionalidade". En: *JurisPoiesis* Nº 7, año 8, Río de Janeiro, enero 2005 Universidade Estácio de Sá.

21

§ 38
Duración de la inhabilitación como pena principal

EDUARDO SAAD-DINIZ
Universidad de São Paulo
(Brasil)

Sumario

		Nm	P			Nm	P
I.	Pena de inhabilitación y problemas de proporcionalidad penal abstracta y concreta	1	648	II.	Tiempo y justificación de la pena	7	650
				III.	La inhabilitación perpetua como exceso punitivo	13	651
				IV.	Bibliografía	20	652

§ 38.- Duración de la inhabilitación principal

"La inhabilitación principal se extiende de seis meses a diez años, salvo los supuestos de incapacidad definitiva a que se refieren los numerales 6, 7 y 9 del artículo 36.

La pena de inhabilitación principal se extiende de cinco a veinte años cuando se trate de los delitos previstos en los artículos 382, 383, 384, 387, 388, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401. En estos supuestos, será perpetua, siempre que el agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella; o la conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las quince unidades impositivas tributarias.

La inhabilitación principal también se extiende de cinco a veinte años cuando se trate de los delitos previstos en el artículo 4-A del Decreto Ley 25475, los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo 1106, así como los artículos 296, 296-A primer, segundo y cuarto párrafo; 296-B, 297 del Código Penal.

En los supuestos del párrafo anterior, la inhabilitación será perpetua cuando el agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella; o cuando el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las quinientas unidades impositivas tributarias. En el caso de los delitos contemplados en los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo 1106, la inhabilitación también será perpetua cuando el dinero, bienes, efectos o ganancias provienen de la minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión o trata de personas".

I. Pena de inhabilitación y problemas de proporcionalidad penal abstracta y concreta

1 Así como ya se había desarrollado en el análisis de los artículos anteriores, la interpretación de la inhabilitación debe seguir a una coherente articulación de las medidas de control social formal, siendo rigurosamente limitada por criterios claros y objetivos de aplicación. La gradación del comportamiento, su relación ontológica con los roles sociales y las posibilidades de una intensiva verificación de derechos fundamentales, especialmente en lo que dice respecto a la correspondencia entre delito y pena. La figura del juez como unidad ética es esencial para una razonable imposición de la pena de inhabilitación.

2 En Derecho penal, eso se refleja no solo en la sumisión de normas penales aisladas al test constitucional de proporcionalidad en sentido amplio (idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta), sino que dice respecto también a la idea de pena proporcionada. No obstante, la idea de un *exceso punitivo*, pasible de ser cualificado como *desproporcional*, no contiene en sí mismo un significado real e inmanente, sino que carece de una estructura normativa que la rellene mínimamente(1). Se habla aquí de categorías cuya esencia es de mediación; es decir, algo es proporcional o desproporcional solamente si vinculado a determinadas estructuras de mensuración, de manera que permitir una especie de equiparación entre grandezas distintas.

3 Dicho de otro modo, la idea de una proporcionalidad penal involucra una *equivalencia relativa*, haya visto que comprende una conexión entre dos objetos diferentes, pero que de algún modo son relacionables(2). La elevación de los conflictos sociales al estatus de relación jurídica despierta la necesidad de racionalización característica de mediaciones normativas efectivamente sólidas; es decir, visto que los conflictos penales se componen de relaciones interpersonales que expresan determinadas valoraciones sociales concretamente puestas, hace falta determinada coordinación normativa que posibilite dirimir las indeterminaciones causadas por las asimetrías que caracterizan estas interacciones jurídicas.

4 Así, la proporcionalidad funciona como referencial interpretativo de estas indeterminaciones concretas, al punto de alcanzar la condición de un "límite de legitimación" del restablecimiento de la estabilidad normativa en Derecho

(1) Frase, R., "Excessive relative to what? Defining constitutional proportionality principles". En: Tonry, M. (editor), *Why punish? How Much? A reader on punishment*, p. 263.

(2) Salvador Netto, A., *Finalidades da pena: conceito material de delito e sistema penal integral*, p. 143.

penal[3]. La cuestión pasa por delimitar algunos criterios materiales que permitan una formulación más sólida acerca de lo que puede ser considerado proporcional o desproporcional en materia de penas, de modo que se permita una evaluación más criteriosa de las sanciones inhabilitadoras del CP peruano.

Según el trabajo seminal de AGUADO CORREA, el entendimiento de una punición como excesiva –es decir, cuya severidad se comprende como más intensa que la gravedad misma del delito– dice respecto a las dos perspectivas fundamentales: de un lado, la *proporcionalidad abstracta,* que hace referencia al momento legislativo de tipificación de conductas y conminación de las puniciones correspondientes a la transgresión de la norma primaria; de otro, la *proporcionalidad concreta,* que se dedica al momento *judicial* de definición de la sanción individualizada a ser impuesta al agente. Ambas instancias de definición tienen características muy propias, con proposiciones dogmáticas y de limitación del poder punitivo que no necesariamente son aprovechables por las dos esferas de incidencia de las exigencias de proporcionalidad penal[4]. 5

La distinción formulada por AGUADO CORREA (proporcionalidad abstracta en función de la gravedad, proporcionalidad concreta como definición de la culpabilidad) recobra sentido especialmente en virtud del injusto penal por ser considerado el propio objeto sobre el cual se concentra el juicio valorativo del orden jurídico –es decir, la acción propiamente típica y antijurídica–, mientras que la culpabilidad tiene como foco la relación entre el injusto y el autor del delito[5]. En síntesis, AGUADO CORREA establece que la proporcionalidad abstracta está en función de la gravedad del *injusto penal*, mientras que la proporcionalidad concreta tendría como elemento definidor la *culpabilidad* del autor con relación al comportamiento ilícito[6]. 6

(3) SAAD-DINIZ, E., "Regras de proporcionalidade e oportunidade na interpretação penal". En: OLIVEIRA, W. *et al.*, *Direito penal econômico: estudos em homenagem a os 75 anos do Professor Klaus Tiedemann*, p. 470.

(4) CARRARA, F., *Programa de Derecho criminal. Parte general*, p. 88. Las expresiones **proporcionalidad concreta** y **proporcionalidad abstracta** son las adoptadas por AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, p. 283. FERRAJOLI utiliza los términos *predeterminación legislativa* e *determinación judicial*. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, p. 398.

(5) Estas definiciones dogmáticas son bien trabajadas en el contexto brasileño por TAVARES, J., *Teoria do injusto penal*, p. 112.

(6) AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad en Derecho penal. Op. Cit.* Esa división, conforme el momento de incidencia de las exigencias de proporcionalidad, de modo algún implica un distanciamiento o separación rígida entre el injusto y la culpabilidad –algo que acabaría por relegar a esta última un rol secundario en la estructura del delito, además de excluirla de la delimitación de los objetivos del Derecho penal y de las correspondientes teorías del injusto–.

II. Tiempo y justificación de la pena

7 La interpretación sobre la dimensión temporal de las expectativas normativas no siempre es tarea de las más simples. Ella debe, antes de todo, ser suficientemente coherente para vehicular una orientación político-criminal clara, a partir de que el reproche social a la realización de la conducta típica pueda también ser equilibrada con el juicio de merecimiento de pena, es decir, la punibilidad.

8 El correr del tiempo diluye la necesidad político-criminal de punición y sus efectos, netamente con relación a la transformación de las expectativas sociales, a los procesos de socialización y al desarrollo de la personalidad. En últimas consecuencias, el tiempo es la medida de la necesidad de justificación moral de la punición y por eso se requiere mucha objetividad en la comprensión de la dimensión temporal de la pena como un elemento esencial de los límites de legitimación de la decisión jurídico-penal.

9 El tiempo también debería mantener relación con las dimensiones sociales y de espacio de la aplicación de la pena. Con elevada acuidad, Silva Sánchez, en "Efectos colaterales de la prisión", intenta, por ejemplo, ofrecer al intérprete elementos que aseguren un poco más de objetividad en la comprensión de la relación entre tiempo e imposición de una medida sancionatoria. Luego de analizar la situación caótica de los recintos penitenciarios(7), cuyo impacto en la subjetividad del imputado se extiende para mucho más allá de su privación de libertad o de los terceros vinculados a él (los efectos secundarios consustanciales o no consustanciales). El impacto negativo de la insuficiencia del Estado en la ejecución de la pena no incide solamente en los procesos de socialización del individuo preso, sino también en "toda suerte de riesgos físicos para los reclusos (contagios, amenazas, agresiones sexuales, etc.)".

10 Según entendemos, ese sufrimiento debería ser interpretado en la dimensión temporal. De hecho, las personas son punidas a la reclusión a la cárcel, y no a la reducción de su subjetividad. Ese impacto en la socialización del condenado –y, por consiguiente, en su propia personalidad–, ¿no debería ser tomado en consideración en el tiempo de duración de la pena?

11 De forma análoga, los efectos de la imposición de una pena de inhabilitación también deberían ser tomados en consideración para una dimensión un

(7) Silva hace referencia al caso Brown, Governor of California et al v. Plata, 131 S. Ct. 1910, 1923 (2011), que intrepretó como "cruel and unusual punishment" la situación de masificación de las cárceles en California. Silva Sánchez, J., "Efectos colaterales de la prisión". En: *InDret*, 2016.

poco más concreta –y realista– de su aplicación. La persona debe ser sometida a restricción de ejercer determinados roles en la sociedad, como refuerzo punitivo que garantiza la validez del ordenamiento existente. ¿Pero y si esa misma sociedad no ofrece a la persona otras oportunidades de ejercer otros roles? El tiempo de duración excesivamente deletéreo al desarrollo de su personalidad, más allá de su inclinación a la violación del ordenamiento jurídico. La inhabilitación puede generar un impacto muy negativo si su extensión en el tiempo se extiende más que una proporción razonable, que refleja el hecho de que el ordenamiento jurídico, a pesar de rechazar la violación de determinados roles o posiciones de especial confianza en la sociedad, es justo y reacciona de forma a no anular la socialización de las personas.

Por lo tanto, si la duración se extiende a punto de inviabilizar que la per- 12
sona pueda volver a integrarse en la sociedad, la inhabilitación deja de atender a sus finalidades político-criminales y merece ser revista, por fuerza de la falta de proporcionalidad.

III. La inhabilitación perpetua como exceso punitivo

El CP peruano da ocasión para la aplicación de pena perpetua en deter- 13
minados supuestos donde se verifiquen determinadas condiciones: o bien cuando el imputado esté en situación de integración de una asociación criminal, o bien cuando la violación sea correspondiente a un desvío de valores orientados a una dimensión social.

En el primer caso, la aplicación se da siempre que el agente actúe como 14
integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella. En el segundo caso, se requiere que la conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las quince unidades impositivas tributarias.

Se trata de vehicular un código fuerte de desvalor penal al vínculo de las 15
personas con bandas criminales o por desvío de finalidad social, basada en la creencia en el refuerzo de la intimidación penal para desincentivar determinados comportamientos nocivos a la dinámica de la vida en sociedad. La mentalidad puesta es la misma de la ideología del combate y de las tesis de prevención especial negativa, concentradas en la desmotivación de ciertos grupos de agentes.

Sin embargo, además de los retos de proporcionalidad y límites de legi- 16
timación de la intervención punitiva, y además del ya cierto acúmulo en

evidencias criminológicas sobre la ausencia de potencial intimidatorio en iniciativas de refuerzo punitivo, hay un argumento más en desfavor de la inhabilitación perpetua: el hecho de que la individualización de la pena debe presuponer la existencia de dinámicos "puntos de inflexión" (*turning points*) en el desarrollo de la personalidad.

17 Que una persona haya integrado una banda criminal o que esté involucrada en esquemas de desvíos de verbas de finalidad social no significa que, de manera determinante, lo está o estará "de por vida". La duración perpetua puede ser inadecuada también porque desconsidera el carácter dinámico del desarrollo de la personalidad y, por consiguiente, la forma como pueden diferenciarse los roles sociales en el curso de la vida.

18 Tanto así que el tema de la perpetuidad de las sanciones penales, bajo la perspectiva de su difícil compatibilidad con las normas de protección de los derechos humanos, fue objeto de rigurosa crítica por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Esto ocurrió más específicamente en el caso *Mendoza y otros v. Argentina* (N° 12651), en sentencia datada del 14 de mayo de 2013. No obstante a que la Corte trató la perpetuidad de penas privativas de libertad y no de la restricción de derechos, la decisión fue en el sentido de que penas de tal naturaleza, además de que en sí mismas son crueles y degradantes, no cumplen con objetivos mínimos de reintegración social, visto que promueven una máxima exclusión social de los condenados y anulan –en verdad, anticipadamente desconsideran– cualquier perspectiva resocializadora.

19 Por esa serie de razones, semejante reducción de las posibilidades de desarrollo personal, a pesar de sus justificaciones morales extremadas –el hecho de que sea intolerable la amenaza de una banda criminal o la repugnancia generada por la malversación de bienes de finalidad social–, pierden sentido operativo para el sistema de justicia criminal, mereciendo mayor reflexión con relación a su aplicación.

IV. Bibliografía

20 Aguado Correa, Teresa, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*. Edersa, Madrid, 1999; Carrara, Francesco, *Programa de Derecho criminal. Parte general*. 4ª edición. Vol. II. Traducción José Ortega Torres y Jorge Guerrero. Temis, Bogotá, 1991; Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Traducción Perfecto Andrés Ibáñez y Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mahino. Trotta, Madrid, 1995; Frase, Richard, "Excessive relative to what? Defining constitutional proportionality principles". En: Tonry, Michael (editor), *Why punish? How*

Much? A reader on punishment. New York, Oxfor University Press, 2011; SAAD-DINIZ, Eduardo, "Regras de proporcionalidade e oportunidade na interpretação penal". En: OLIVEIRA, William Terra de *et al. Direito penal econômico: estudos em homenagem a os 75 anos do Professor Klaus Tiedemann*. LiberArs, São Paulo, 2013; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo, *Finalidades da pena: conceito material de delito e sistema penal integral*. São Paulo, Quartier Latin, 2009; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, "Efectos colaterales de la prisión". En: *InDret*, 2016; TAVARES, Juarez, *Teoria do injusto penal*. 2ª edición. Del Rey, Belo Horizonte, 2002.

§ 39
Inhabilitación como pena accesoria

EDUARDO SAAD-DINIZ
Universidad de São Paulo
(Brasil)

Sumario

	Nm	P
I. Comentario	1	655

§ 39.- Carácter accesorio de la pena de inhabilitación

"La inhabilitación se impondrá como pena accesoria cuando el hecho punible cometido por el condenado constituye abuso de autoridad, de cargo, de profesión, oficio, poder o violación de un deber inherente a la función pública, comercio, industria, patria potestad, tutela, curatela, o actividad regulada por ley. Se extiende por igual tiempo que la pena principal".

I. Comentario

La interpretación de la pena de inhabilitación, como ya se ha demostrado en el análisis de los artículos anteriores, atiende a una sistematización coherente de las medidas de control social formal. O bien presenta criterios claros de su aplicación, permitiendo que en el proceso de toma de decisión se verifiquen con objetividad los motivos de su aplicación en el caso concreto. 1

Su aplicación, para que pueda hacerse sentir en el proceso del desarrollo de la personalidad del imputado, con adecuación frente a su rol social y sin que represente un impacto desproporcionalmente negativo en sus procesos de socialización, debe permitir identificar la no vulneración de derechos fundamentales, especialmente en lo que concierne a la proporcionalidad de la medida en función de la gravedad de la ofensa. 2

En todos los supuestos, la figura del juez como unidad ética es el principal instrumento de garantía en torno a una razonable imposición de la pena de inhabilitación. 3

La aplicación de la pena de inhabilitación en su modalidad accesoria encuentra sus fundamentos en el refuerzo punitivo, haciendo hincapié en la dirección un especial reproche a la quiebra del rol social ejercido por la persona y a las relaciones de confianza establecidas en función de ese rol. 4

5 Las relaciones de confianza son particularmente perturbardas en caso de violación deducida de abuso de autoridad, de cargo, de profesión, oficio, poder o violación del deber inherente a la función pública, comercio, industria, patria potestad, tutela, curatela, o actividad regulada por ley. Además de la violación de un deber, se trata también de violación de la confianza institucional y para esos fines se presta la aplicación del artículo 39 del CP peruano.

6 Sin embargo, el hecho de que su determinación temporal se pueda extenderse por igual tiempo que la pena principal trae dudas en cuanto a su adecuación y proporcionalidad. La medida es, en su naturaleza, concebida como medida de refuerzo, y no como medida principal. Es, como mínimo, un contrasentido que pueda ser equiparada en dimensión temporal, sin hablar de la falsa percepción de su potencial político-criminal, que debe ser limitado al merecimiento de pena, frente a una violación especial de confianza institucional vinculada al ejercicio de determinado rol social. Su fundamentación, por lo tanto, sigue la misma lógica argumentativa de los artículos anteriores sobre la materia.

§ 40
Inhabilitación accesoria en los delitos culposos de tránsito

EDUARDO SAAD-DINIZ
Universidad de São Paulo
(Brasil)

Sumario

	Nm	P
I. Generalidades	1	657
II. Análisis de casos	7	660
1. Caso Utopía (Perú)	8	660
2. Caso Indio pataxó (Brasil)	9	661
3. Caso Muertes y lesiones derivadas de accidente en carrera clandestina de vehículos (Brasil)	10	661
III. Bibliografía	12	663

§ 40.- Inhabilitación accesoria en los delitos culposos de tránsito

"La pena de inhabilitación prevista en el artículo 36 inciso 7, de este Código podrá aplicarse como accesoria en los delitos culposos de tránsito".

I. Generalidades

En el curso del siglo XX, el tránsito se ha revelado como un creciente problema para el Derecho penal, en especial por cuenta del elevado índice de victimización por accidentes con vehículos automotores. Según el elegante análisis de DE MELLO JORGE SILVEIRA, el fenómeno despertó el interés de los responsables por las decisiones jurídicas alrededor del mundo, a punto de hablarse hasta de una "situación próxima a la catástrofe, al genocidio o a una masacre motorizada"[1]. 1

Una diseminada sensibilización social con respecto al incremento de la peligrosidad vial, impulsada también por la fuerte presencia de ruegos mediáticos, acaba por crear un ambiente idóneo a la positivación de normas penales direccionadas al recrudecimiento de la intervención punitiva en el campo del tránsito. Algo como lo que los penalistas suelen entender como resultado de la actuación típica de los "gestores atípicos de la moral"[2] o "gestores de la 2

(1) SILVEIRA, R., *Fundamentos da adequação social*, p. 356. Al analizar la cuestión, Renato de Mello Jorge SILVEIRA cita a GRECO FILHO, V., *A culpa e sua prova nos delitos de trânsito*, p. 1 ss.

(2) SILVEIRA, R., *Direito penal supraindividual: interesses difusos*, p. 32.

moral colectiva"[3], cuya cristalización en el Derecho penal vial se hace presente mediante la presentación de argumentos altamente moralizantes: tesis de "tolerancia cero" a la alcoholemia; la defensa de un refuerzo de las sanciones administrativas; o, aun, discursos sobre mejorías en los índices de salud pública en vista de la prohibición del alcohol[4]. En todo caso, es cierto que este conjunto de factores reclama la necesidad de una revisión de la interpretación de las normas penales introducida en ese contexto en los ordenamientos jurídico-penales[5].

3 La pena de inhabilitación para conducir vehículos automotores no escapa a este escenario. El legislador optó por establecer expresamente otra hipótesis de inhabilitación accesoria, más allá de las situaciones listadas en el artículo 39. Dicho de otra manera, la inhabilitación accesoria no será aplicable solamente para el delito constituya "abuso de autoridad, de cargo, de profesión, oficio, poder o violación de un deber inherente a la función pública, comercio, industria, patria potestad, tutela, curatela, o actividad regulada por ley", sino que también incidirá en los delitos viales culposos. Es decir, incide como claro *refuerzo punitivo*, aplicable siempre que el conductor exteriorizar una mala administración de sus competencias jurídicas referentes al tránsito de vehículos.

4 Fue precisamente eso que, por ejemplo, la Corte Superior de Justicia de Lima ha resuelto en el Expediente N° 2571-97, estableciendo que "conforme a lo establecido en el artículo cuarenta del Código Penal, la pena de inhabilitación puede imponerse como accesoria para la comisión de los delitos culposos de tránsito, por lo que no habiéndose aplicado al presente caso y en concordancia con el artículo treintiséis del mismo texto legal, cabe integrar la sentencia venida en grado y aplicar dicha pena accesoria". Sin embargo, hay que resaltar que esta posibilidad –la de imponer una inhabilitación accesoria en los delitos de tránsito– tuvo su ámbito de aplicación relativamente disminuido, haya visto que hay conminación de pena de inhabilitación principal para los

(3) Polaino Navarrete, M., "La controvertida legitimación del Derecho penal en las sociedades modernas: ¿más Derecho penal?". En: Carbonell Mateu, J. (coordinador), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*; Jakobs, G. / Polaino Navarrete, M., *El Derecho penal ante las sociedades modernas. Dos estudios de dogmática penal y política criminal*, p. 77 ss.

(4) Al criticar la dominancia del ideario del paternalismo penal en Brasil, Miguel Reale Júnior posiciona que "o objeto da repressão penal é determinado modo de ser". Reale Júnior, M., "Paternalismo no Brasil". En: *Revista Brasileira de Filosofia* N° 227, p. 311 ss.

(5) "Não se deve, sob a influência da pressão da mídia, reconhecer qualquer alteração na estrutura do delito, para mandar alguém a júri. Por mais grave que tenha sido a conduta culposa ela não pode ser transformada em dolosa, sob pena de criarmos um *Direito Penal do Terror* que venha a satisfazer interesses punitivos extra-autos". Shecaira, S., "Crime de Trânsito –Responsabilidade objetiva– Dolo eventual e culpa consciente". En: Shecaira, S., *Estudos de direito penal* v. I, p. 107.

delitos de homicidio culposo (Art. 111 CP) o de lesiones culposas (Art. 124), perpetrados bajo el efecto de alcohol u otras drogas, o con violación de las normas técnicas que reglamentan el tránsito(6).

Esta exacerbación de las tensiones entre *seguridad* y *libertad* en el campo 5
vial se refleja también en las incertidumbres conceptuales de la distinción de *dolo eventual/culpa consciente* en el ámbito de la interpretación judicial del Derecho penal. Más precisamente: en el afán de recrudecer el castigo a la mala administración por los individuos de sus esferas de competencia como conductores, ha sido frecuente entre jueces una relativa oscuridad en el momento de separar hermenéuticamente estas categorías dogmáticas en los casos concretos. Esto acaba por hacer común la condena de sujetos por conductas cuya clasificación del elemento volitivo como dolo eventual es, como mínimo, discutible. Desde la elevada percepción crítica del problema de caracterización del dolo eventual, la verdad es que la dogmática penal puede asumir consecuencias poco deseables en la vida concreta de las personas. El manejo dogmático debe resolverse con base en la sensible percepción de los individuos sometidos a la persecución penal(7).

Una mejor comprensión acerca de esta diferencia es esencial para una 6
correcta interpretación y aplicación del presente artículo del CP peruano. Sobre esto, la aclarada interpretación doctrinaria de RODRÍGUEZ es en el sentido de que, cuando el agente tiene conocimiento acerca de la intensa probabilidad de ocurrencia del resultado, pero no asume el riesgo de su producción, se está ante un caso de *culpa consciente;* mientras que, de otro lado, el *dolo eventual* se caracteriza siempre que el agente asume el riesgo de realización de un resultado lesivo como consecuencia de su conducta(8).

(6) PRADO SALDARRIAGA, V., *Las penas,* p. 53.

(7) Haciendo referencia a la ciudad de São Paulo, en Brasil, Sérgio SALOMÃO SHECAIRA expone los desafíos interpretativos del tema en Derecho penal: "se mesmo onde há o efetivo reconhecimento da embriaguez ao volante ou do racha já há dúvidas quanto à acolhida do dolo eventual, o que se dirá de um simples excesso de velocidade? Será que nossa cidade, que reconhecidamente tem dezenas de mortes no trânsito por ano, estaria infestada de facínoras com evidentes intuitos homicidas?". SHECAIRA, S., "Crime de Trânsito –Responsabilidade objetiva– Dolo eventual e culpa consciente". *Op. Cit.*, p. 100.

(8) RODRÍGUEZ, V., *Fundamentos do Direito Penal Brasileiro: lei penal e teoria geral do crime*, pp. 184-185. Sobre esto, contraponiendo las figuras del dolo eventual y del dolo directo, SHECAIRA propone entendimento de que "os dois elementos intrínsecos ao dolo são também encontráveis no dolo eventual. Assim, ainda que se tenha uma intenção e uma vontade indiretas não se pode prescindir dos elementos cognitivo e volitivo. *O dolo eventual, antes de ser eventual, é dolo!*". SHECAIRA, S., "Crime de Trânsito –Responsabilidade objetiva– Dolo eventual e culpa consciente". *Op. Cit.*, p. 103.

II. Análisis de casos

7 La mejor comprensión de cómo esta distinción encuentra dificultades de concretizarse interpretativamente en la resolución concreta de casos puede ser observada a partir del análisis crítico de algunos casos enfrentados por las cortes en diferentes contextos jurídicos.

1. Caso Utopía (Perú)

8 CARO-JOHN comenta el caso de la discoteca Utopía, en Perú, en que su gerente fue condenado (49 Juzgado Penal de la Corte Superior de Lima) a 15 años de pena privativa de libertad. En síntesis, el *background* fáctico es la realización de una fiesta intitulada "Zoo", espectáculo con animales y manejo de fuego por malabaristas en posición muy próxima al *disc-jockey*. Durante la pirotecnia, una llama de fuego incendió el material inflamable que revestía el techo de la discoteca, provocando resultados de muerte y graves lesiones corporales a los presentes. Al gerente se imputó la infracción de un deber de cuidado, por la inobservancia de las medidas de seguridad y precauciones que podrían evitar la producción de los resultados lesivos. Ante estos hechos, específicamente con respecto a la diferenciación entre dolo eventual y culpa consciente, CARO-JOHN entendió que el gerente realmente no logró adoptar correctamente medidas antiincendio, representándose así una probabilidad de crearse un riesgo jurídicamente reprochable. Sin embargo, su opinión es que no hay en el caso el elemento "indiferencia", sino que solo la "negligencia", basado en las siguientes evidencias factuales: (1) la confianza fue transferida a quien se presentaba con capacidades especiales para manejo del fuego; (2) lo propio fue que habiendo extintores de incendio, faltó una previa inspección de la municipalidad; y (3) el gerente mismo soportó un enorme daño económico[9].

(9) CARO-JOHN, J., "El 'caso Utopía': lo insignificante del causalismo y del psicologismo para la imputación normativa al tipo objetivo y subjetivo". En: CARO-JOHN, J. *Dogmática penal aplicada*, pp. 32-33, 41-42 y 44-46. Según la asertiva lección de CARO-JOHN: "En el dolo eventual, el autor se representa como probable un resultado, pero a causa de su **indiferencia** llega a realizarlo. La mera representación de un resultado como probable no aporta nada a la diferenciación entre dolo eventual y culpa consciente porque ambos conceptos tienen en común precisamente la representación del resultado. Sin embargo, lo que distingue a la culpa consciente es que el autor al representarse como probable un resultado, prosigue su ejecución con una **negligencia** en el cumplimiento de un deber de cuidado".

2. Caso Indio pataxó (Brasil)

En el año de 1997, en Brasilia, por ocasión del festejos del Día del Indio 9
en Brasil, Galdino Jesus dos Santos fue víctima de ataques perpetrados por cuatro adultos y un menor de clase media, mientras dormía en una parada de autobús. Tras comprar alcohol en las cercanías de la plaza donde dormía Galdino, los imputados habrían "hecho una broma" poniendo fuego en el indio pataxó, causándole quemaduras graves seguidas de muerte. Correctamente, sobre el caso, Sérgio Salomão Shecaira y Alceu Corrêa Júnior describen las circunstancias que caracterizan la asunción del riesgo del resultado muerte: "[N]o obstante todos los acusados alegaron que la intención era apenas de hacer una broma, el menor confesó la compra de alcohol en una estación de servicio tras avistar al indio durmiendo en la parada de autobús. Esta situación demuestra que hubo una planificación previa al crimen". Es más que razonable este entendimiento; la hediondez del comportamiento de los jóvenes desplaza la simple idea de consciencia para la efectiva realización del dolo eventual, despertando el juicio de reproche penal y merecimiento de pena. Shecaira y Corrêa Júnior son categóricos al afirmar que "ni el más lego de los hombres es capaz de acreditar que al ponerse fuego en una persona, lo que se quiere es apenas dañarla. Es cierto que al practicar el acto lesivo contra la vida del indio, de una forma tan cruel, ellos asintieron con las consecuencias".

3. Caso Muertes y lesiones derivadas de accidente en carrera clandestina de vehículos (Brasil)

En octubre de 2011, en Brasil, el Supremo Tribunal Federal (STF) cla- 10
sificó como homicidio doloso la conducta de un acusado que, tomando parte de una carrera clandestina de autos (en Brasil, denominada "racha" o "pega"), se involucró en un accidente de tránsito seguido por resultado muerte. Decisiva para la decisión fue la consideración de elementos propios de la "representación" del resultado de peligro basada en la superveniencia de un resultado concreto; según el ministro Luiz Fux, juez responsable por relatar el caso, y cuyo posicionamiento se mostró dominante en la Corte, la diferencia entre dolo eventual y culpa consciente debería extraerse de las circunstancias objetivas del caso concreto, ante la imposibilitad de averiguarse la psique del agente. En sus palabras, "un asentimiento que se extrae de las circunstancias". Así, el ministro comprendió que el agente, "al lanzarse en prácticas de expresiva peligrosidad, en vía pública, mediante alta velocidad, consintió en que el resultado se produjera, incidiendo en el dolo

eventual (...)"[10]. Sin embargo, las indeterminaciones conceptuales que nortean el juzgado perjudican un análisis más concreto: las nociones de "previsibilidad" e "indiferencia al resultado" acaban por apoyarse en un juicio de probabilidad del evento demasiado abstracto. Juicios de probabilidad en el ámbito jurídico-penal pueden generar intolerables niveles de inestabilidad normativa, reduciendo a materia de prueba una cuestión que es de carácter verdaderamente dogmático: la caracterización del dolo remonta a la cualificación jurídica que recae sobre el comportamiento del autor y sus manifestaciones de consentimiento afirmativo cuanto a la realización del riesgo desaprobado. Aquí se hace relevante el entendimiento de LENIO STRECK, según quien *asumir el riesgo* no es lo mismo que *arriesgarse a producir un evento*: algo más que tener la consciencia de correr el riesgo, el primero implica consentir previamente en el resultado, si este realmente acaba por realizarse[11]. Como tuvimos la oportunidad de comentar en otro espacio, parece muy poco razonable que la expectativa de que alguien libremente se proponga, consintiendo dolosamente, quitar la vida de otra persona en una carrera clandestina de autos, y menos razonable aún que haya esa asunción del riesgo cuando el agente se pone a sí mismo en peligro (su vida o integridad). Las circunstancias de caracterización del dolo eventual, a partir de un criterio de previsibilidad del resultado, pueden no ser más que meras probabilidades, sometiendo a los acusados a inestabilidades normativas y a problemáticas contiendas en el manejo probatorio[12].

11 Así, la sensación de impunidad con relación a los accidentes de tránsito estimula un recurso a mecanismos represivos y a demandas por una más intensa presencia regulatoria del Estado penal. Es esto lo que ocurre, por ejemplo, en el uso no necesariamente criterioso de la distinción *dolo eventual/culpa consciente*, central para la interpretación del artículo 40 del CP; y, además, en la propia conminación de una pena accesoria de inhabilitación como complementaria a un dolo penal ya expresado en la pena principal, pautada por necesidades

(10) Sobre el tema del asentimiento del riesgo, CHAVES CAMARGO relaciona tal problema con la **exteriorización del disenso cuanto a los valores protegidos por la norma**: "Nos crimes dolosos é evidente externamente este dissenso, enquanto que nos culposos há o limite da violação do dever de cuidado, não atingindo o agir comunicativo, de plano, o desvalor quanto ao bem jurídico protegido, podendo, inclusive, a mera ação não possuir qualquer relevância para o Direito Penal". CHAVES CAMARGO, A., *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*, p. 176.

(11) Basando su entendimiento en las tesis de José BASTOS JÚNIOR, STRECK, L., *Tribunal do Júri: símbolos e rituais*, pp. 166-167.

(12) SAAD-DINIZ, E., "A caracterização do dolo eventual em acidente de trânsito". En: *Revista dos Tribunais* Vol. 920, pp. 436-448; para la crítica a un "Derecho penal del enemigo mal aplicado" en el ámbito de los delitos de tráfico, POLAINO-ORTS, M., *Lições do direito penal do inimigo*.

de salvaguardar penalmente una abstracta idea de seguridad vial como bien jurídico. Quizá sea el caso repensar en la mencionada distinción dogmática, así como las penas aplicables en delitos de tránsito, menos a partir de sentimientos de justicia o clamores sociales contra la impunidad. Más interesante podría ser el desarrollo de un modelo preventivo basado en una interpretación de las normas penales centrada en los individuos involucrados en accidentes de tránsito; es decir, que ellos puedan racionalmente aceptar la obediencia a las normas de tránsito, restableciendo la confianza en la seguridad vial, en vez de adoptar una política criminal –de cuestionable carácter democrático– al "delincuente motorista".

III. Bibliografía

CARO-JOHN, José Antonio, "El 'caso Utopía': lo insignificante del causalismo y del psicologismo para la imputación normativa al tipo objetivo y subjetivo". En: CARO-JOHN, José Antonio, *Dogmática penal aplicada*. ARA, Lima, 2010; CHAVES CAMARGO, Antonio Luís, *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. Cultural Paulista, São Paulo, 2002; GRECO FILHO, Vicente, *A culpa e sua prova nos delitos de trânsito*. Saraiva, São Paulo, 1993; JAKOBS, Günther / POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El Derecho penal ante las sociedades modernas. Dos estudios de dogmática penal y política criminal*. Grijley, Lima, 2006; POLAINO NAVARRETE, Miguel, "La controvertida legitimación del Derecho penal en las sociedades modernas: ¿más Derecho penal?". En: CARBONELL MATEU, Juan Carlos (coordinador), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*. Dykinson, Madrid, 2006; POLAINO-ORTS, Miguel, *Lições do direito penal do inimigo*. LiberArs, São Paulo, 2015; PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto, *Las penas*. Manuscrito puesto a disposición en línea por la Universidad de San Martín de Porres. Disponible en <http://www.derecho.usmp.edu.pe>; REALE JÚNIOR, Miguel, "Paternalismo no Brasil". En: *Revista Brasileira de Filosofia* Nº 227, Vol. LVI, 2007; RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel, *Fundamentos do Direito Penal Brasileiro: lei penal e teoria geral do crime*. Atlas, São Paulo, 2010; SAAD-DINIZ, Eduardo, "A caracterização do dolo eventual em acidente de trânsito". En: *Revista dos Tribunais* Vol. 920, São Paulo, 2012; SHECAIRA, Sérgio Salomão, "Crime de Trânsito –Responsabilidade objetiva– Dolo eventual e culpa consciente". En: SHECAIRA, Sérgio Salomão, *Estudos de direito penal* v. I. Forense, Río de Janeiro, 2010; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supraindividual: interesses difusos*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, *Fundamentos da adequação social*. Quartier Latin, São Paulo, 2011; STRECK, Lênio, *Tribunal do Júri: símbolos e rituais*. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2001.

12

Sección IV
Pena de multa

§ 41
Concepto de pena de multa

ISABEL MONSERRAT SÁNCHEZ
Universidad de las Islas Baleares
(España)

Sumario

	Nm	P
I. Introducción	1	665
II. Concepto, características y naturaleza	3	666
III. Fines de la pena de multa	6	667
IV. Desarrollo histórico de la pena de multa	10	668
V. Argumentos a favor y en contra de la pena de multa: funciones e importancia político-criminal de la pena de multa	13	669
VI. Sistema de multa	18	671
1. Origen y evolución	19	671
2. Fundamento	20	672
VII. Bibliografía	21	672

§ 41.- Concepto

"La pena de multa obliga al condenado a pagar al Estado una suma de dinero fijada en días-multa.

El importe del día-multa es equivalente al ingreso promedio diario del condenado y se determina atendiendo a su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza".

I. Introducción

La pena de multa se encuentra regulada en los artículos 41 a 44 de la Sección IV del Capítulo I "Clases de penas" del Título III "De las penas" del Libro I "Parte General" del Código penal peruano. Además de estos preceptos, debe tenerse en cuenta también el artículo 47, que hace referencia al cómputo de la detención sufrida, es decir, a cómo debe computarse los días de detención en caso de la imposición de una pena de multa. 1

A día de hoy, la pena de multa está recogida en prácticamente la totalidad de códigos penales, siendo en muchos países, especialmente los países nórdicos europeos, en los que se recoge como pena principal en la mayor parte de delitos. 2

II. Concepto, características y naturaleza

3 La multa es una consecuencia jurídica del delito que obliga al penado a abonar al Estado una sanción pecuniaria concretada en una determinada cantidad de dinero. El Código Penal peruano la define en el primer párrafo del artículo 41: "La pena de multa obliga al condenado a pagar al Estado una suma de dinero (...)".

4 Su naturaleza es la de una pena (Art. 28 del CP peruano). Es, pues, un medio a través del cual se ocasiona al condenado un menoscabo apto para irrogarle un mal como consecuencia de la comisión de un delito(1). Teniendo en cuenta esta naturaleza de pena(2), debe recordarse que se anotará como antecedente penal y que está sometida, por supuesto, a todos los principios informadores del Derecho penal, especialmente, los de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad(3). Además, es una pena patrimonial porque su objeto material es el patrimonio del condenado, esto es, el conjunto de bienes, derechos y obligaciones de contenido económico que pertenecen a la persona en virtud de una relación reconocida por el ordenamiento jurídico(4). Y, concretamente, dentro de las penas patrimoniales, se trata de una pena pecuniaria, de modo que su determinación cuantitativa se define siempre en términos monetarios.

5 La multa es la única pena pecuniaria que aparece recogida en el Código penal peruano. En este sentido, el pago de la cantidad en que consiste la pena

(1) Gracia Martín, L., "La pena de multa". En: Gracia Martín, L. / Boldova Pasamar, M. / Alastuey Dobon, M., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español (el sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias, responsabilidad civil derivadas del delito)*, p. 171.

(2) Tal y como explica Ríos Martín *et al.*, la pena de multa puede ser: única, cuanto es la única que se puede imponer a una infracción penal determinada; alternativa, cuando viene establecida con otra pena imponer de forma disyuntiva; conjunta, cuando se impone junto a otras penas, para una infracción penal concreta. También puede ser directa cuando se impone directamente para un delito o sustitutiva cuando se impone en sustitución de una pena de prisión con arreglo a las normas de los artículos 80.3 y 84.2 del Código Penal. Ríos Martin, J. / Pascual Rodríguez, E. / Etxebarria Zarrabeitia, X., *Manual sobre las consecuencias jurídicas del delito: su determinación y aplicación*, p. 77.

(3) Mapelli Caffarena, B. / Terradillos Basoco, J., *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 19; Manzanares Samaniego, J., *Las penas patrimoniales en el Código Penal español. Tras la Ley Orgánica 8/1983*, p. 4; Gracia Martín, L. / Boldova Pasamar, M. / Alastuey Dobon, M. *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español (el sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias, responsabilidad civil derivadas del delito)*, p. 144.

(4) Se ha definido también como una pena de privación parcial de la libertad al limitar la libertad de consumo del individuo al que le es impuesta. Manzanares Samaniego, J., *La pena de multa*, p. 18.

de multa es obligatorio para el condenado con una sola excepción a la que se hará referencia más tarde: la prueba de indigencia[5][6].

III. Fines de la pena de multa

La multa está orientada a cumplir los fines de toda pena, esto es, por una parte, retribución y, por otra, prevención general y especial. A este efecto resulta imprescindible precisar que el menoscabo patrimonial que experimenta el penado como consecuencia de la satisfacción del importe de la pena de multa tiene como único fin intervenir la voluntad del sujeto y no generar una deuda a favor del Estado[7]. 6

Teniendo en cuenta lo anterior, debe destacarse en primer lugar el carácter preventivo de la multa. Así se deduce de los principios rectores que consagran los artículos I y IX de su Título Preliminar. Por consiguiente, toda sanción, y en especial las que define el artículo 28, debe orientarse hacia dicho propósito político-criminal. Ello implica, por tanto, que también la multa debe cumplir un rol preventivo general o especial. Esta función puede observarse claramente en los delitos de enriquecimiento o formas de criminalidad de escasa peligrosidad[8]. 7

Debe señalarse al efecto que, como toda consecuencia jurídica, es un mal asociado a la comisión de un delito que se dirige contra la persona del condenado, no contra su patrimonio, de tal forma que la finalidad no es enriquecer al Estado, sino primordialmente prevenir la comisión de delitos[9]. 8

(5) A ello se hará referencia más adelante.

(6) En este sentido opera como una obligación de derecho público a la que no cabe atribuir la condición de un crédito del Estado sobre el penado, ni la de una simple deuda civil. Tal y como afirma Manzanares Samaniego, la pena de multa solo puede ser impuesta por la autoridad judicial en sentencia. Véase Manzanares Samaniego, J., "La pena de multa en el Proyecto de Código Penal". En: *Anuario de Derecho y Ciencias Penales* T. XXXIII, p. 2.

(7) La multa es, pues, un instrumento para la realización de los fines de la pena, de modo que la multa penal no debe confundirse con la deuda civil. Desde esta perspectiva cabe reseñar que el fin de la multa es el mantenimiento del orden público a través de la disminución del patrimonio del condenado, siendo el recibimiento de este dinero por parte del fisco un efecto reflejo que no tiene nada que ver con la naturaleza de la pena. Roldán Barbero, H., *El dinero, objeto fundamental de sanción penal*, p. 31.

(8) Manzanares Samaniego, J., *La pena de multa. Op. Cit.*, pp. 53-54; Beristain Ipiña, A., "Eficacia de las sanciones penales frente a la delincuencia económica". En: *Revista Cenipec* N° 7, p. 145.

(9) Gracia Martín, L., *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, pp. 175 176.

9 Sin embargo, se trata de una pena cuya naturaleza no responde a ideas de reinserción social[10], lo que la convierte en la pena por excelencia y la hace plenamente compatible con la responsabilidad penal de la persona jurídica[11].

IV. Desarrollo histórico de la pena de multa

10 Desde épocas remotas, la pena de multa ha sido una constante en la mayor parte de ordenamientos jurídico-penales. Sin embargo, el auge que en la Edad Media tuvo la pena de prisión hizo que esta pena pasara a un segundo plano. En este sentido, no ha sido sino hasta el siglo XX que poco a poco se ha ido reconvirtiendo nuevamente en uno de los pilares del sistema punitivo, incorporándose ampliamente a los sistemas jurídicos contemporáneos y estableciéndose frecuentemente la posibilidad de aplicarla como sustitutivo a la pena de prisión de corta duración. Tal y como afirma HURTADO POZO, esta situación es el resultado de una larga evolución tendiente a humanizar, hacer más eficaz y menos dañina la represión penal, siendo dos los factores que han favorecido este cambio fundamental de la política criminal: primero, el desarrollo económico y, segundo, el rechazo de las penas privativas de libertad de corta duración[12].

11 En Perú, la pena de multa se encontraba ya recogida en el artículo 23 del Código derogado de 1863, cuyo artículo 53 establecía que solo podía ser aplicada "en los casos especificados por la Ley. Además, no se preveía ningún tipo de preferencia en relación con las penas privativas de libertad"[13]. Posteriormente, ya en el Código Penal peruano de 1924, se previó la posibilidad de remplazarla por la prestación obligatoria de trabajo diurno y se introdujo el sistema de días-multa.

12 Desde 1991, con el Código Penal actual se ha incrementado la presencia de la pena de multa en las distintas tipologías delictivas así como se la ha dado

(10) CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., "Los problemas penitenciarios de la responsabilidad personal por insatisfacción de la pena de multa". En: *I Jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria*, 1, p. 165.

(11) MANZANARES SAMANIEGO, J., *La pena de multa. Op. Cit.*, p. 55; MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, p. 571.

(12) Según datos del propio autor, ya en Alemanía Federal las multas impuestas, en 1974 constituyeron el 82,4 %; en Austria, el 59,2 %; en Dinamarca, el 34 %; en Suecia, el 46 %; en Finlandia, el 72 %; en Francia (1972), el 46,9 % (delitos) y el 97,6 % (faltas); en Italia (1972), el 46,8 % (delitos); en Suiza (1996), el 31,2 %. JESCHECK, H. / GREBING, G. (editores), *Die Geldstrafe im deutschen und ausländischen Recht*, p. 1195, nota 17; Office fédérale de la statistique, Statistique suisse des condamnations pénales, 1998 citado en HURTADO POZO, J., "La pena de multa". En: *Revista de Derecho y Ciencias Políticas* Vol. 50, p. 1.

(13) HURTADO POZO, J., "La pena de multa". *Op. cit.*, p. 2.

preferencia sobre la pena de prisión de corta duración[14]. En la actualidad, el Código penal peruano contempla la multa únicamente como pena principal y en un total de 143 delitos, de los cuales en 116 se prevé de forma conjunta con la pena privativa de libertad, 14 como pena alternativa a la privativa de libertad o limitativa de derechos y 13 como única sanción aplicable[15].

V. Argumentos a favor y en contra de la pena de multa: funciones e importancia político-criminal de la pena de multa

13 En la Europa continental, la pena de multa constituye, junto a la de prisión, uno de los pilares esenciales del sistema punitivo. De hecho, en algunos países, especialmente en los nórdicos, la pena privativa de libertad ha pasado a un plano muy secundario, principalmente en lo que concierne a la pena de prisión de corta duración, cual es rechazada debido a los efectos especialmente dañinos que produce tanto a nivel personal como profesional para el condenado[16]. Desde esta perspectiva, el principio de *ultima ratio* exige que la multa deber tener un carácter preferente a la pena privativa de libertad[17].

14 De este modo, se han atribuido a la pena de multa inconmensurables ventajas frente a la pena privativa de libertad. La principal, que no menoscaba un bien tan personalísimo como es la libertad[18]. A ello se unen otros dos aspectos positivos corolario de lo anterior: desde la perspectiva del condenado, debe reseñarse la ausencia de todo efecto desocializador o estigmatizante; no altera la permanencia del condenado en su entorno familiar, social, profesional o laboral; la condición de persona penalizada que tiene el condenado pasará inadvertida en razón del carácter anónimo de la multa así como una mayor flexibilidad en su aplicación al resultar graduable y adaptable tanto en la imposición como en el pago, ya que se adapta a la capacidad económica del condenado; y, desde la perspectiva del Estado, al contrario que esta, no

(14) Ibídem, p. 3 ss.

(15) Contabilización realizada por Pérez Castañeda, J., *La pena de multa en el Derecho penal peruano*, pp. 246-247.

(16) Sabido es que estas penas además de no servir para la resocialización y contaminar al penado, colapsan y sobrecargan el apartado estatal de la ejecución de las penas.

(17) Gracia Martín, L. "La pena de multa". *Op. Cit.*, p. 176; Manzanares Samaniego, J., *La pena de multa. Op. Cit.*, p. 55.

(18) Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 706 correspondiente al párrafo 40; Muñoz Conde, F. / García Arán, M., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, pp. 559-561.

proporciona gastos, sino tan solo ingresos al Estado[19], ingresos con los que cabría atender mejor a las víctimas del delito y a las necesidades de la justicia penal y de las instituciones penitenciarias. En general, la pena de multa se considera una pena más humana[20].

15 Más discutida es la existencia de ventajas respecto de la perspectiva de los fines de la pena, pero en mi opinión debe considerarse que constituye un medio excelente de prevención por afectar de manera sensible la capacidad económica y representa una pena suficiente para las infracciones leves con relación a la significación del bien que se afecta[21].

16 Por lo que se refiere a los inconvenientes, se ha apuntado a las situaciones de desigualdad que puede generar si se compara con la pena de prisión. En un sistema caracterizado por la desigualdad económica, mientras que en principio la privación de libertad iguala a todos los que la sufren, la privación o disminución del patrimonio personal afecta a los condenados de modo desigual, como desiguales son sus patrimonios[22]. Y ello porque, aunque la

(19) En Europa, el coste medio de detención diaria de una persona asciende a 108,59 € según cálculos del Consejo de Europa. Descendiendo a números concretos de cada país, en España el coste diario varía entre 59,72 y 65 €; en Alemania, 131,60 €; en Italia, 147,76 €; en Francia, 106,13 €; descendiendo estas cantidades si se dirige la mirada a los países del este como, por ejemplo: Rumanía, 24,64 €; Lituania, 18,61 €; Croacia, 45,07 €; o Azerbaijan, 12,09 €. El país con el coste más elevado es San Marino, donde esta cifra asciende a 707,92 €; y el más barato, Moldavia con 6 €. Véase, al efecto, el informe COUNCIL OF EUROPE / UNIVERSITY OF LAUSANNE, *Space I - Council of Europe Anual Penal Statistics: Prison Populations. Survey 2016*; COUNCIL OF EUROPE / UNIVERSITY OF LAUSANNE, *Space I - Council of Europe Anual Penal Statistics: Prison Populations. Survey 2017*, las tablas se encuentran en las páginas 120 y 121. Respecto de Latinoamérica, aunque no se han encontrado datos concretos sobre la población carcelaria, hay que decir que Barbados, las Bahamas y Trinidad y Tobago son los países que más invierten en el sistema penitenciario. Además, la comparación entre Chile y Perú es interesante: los dos países con las tasas de homicidios más bajas de la región tienen costos de encarcelamiento considerablemente distintos. Chile, con un costo global del 0,57 % del PIB, es el cuarto país con el mayor costo en la región. Por el contrario, Perú, con un costo del 0,26 % del PIB, se encuentra entre los países con menores costos. Una comparación similar puede establecerse entre Honduras y El Salvador, los países más violentos de la región en términos de homicidios. Mientras que en El Salvador el costo global es del 0,61 % del PIB, en Honduras asciende al 0,37 % del PIB. Estas diferencias se derivan de diversas tasas de encarcelamiento y los distintos niveles de ingreso perdido de los reclusos. Véase el informe BID. *Los costos ocultos de nuestras cárceles*. Disponible en <http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/F93295EF5E95126605258129007649 96/$FILE/costos_carceles.pdf>.

(20) MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 706 párrafo 40.

(21) MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN indican que la pena de multa, a todas luces, intimida menos que la de prisión y, en muchos casos, puede resultar ineficaz desde el punto de vista preventivo; plantea problemas con relación al principio de personalidad de las penas en la medida en que la disminución del patrimonio del condenado no solo le afecta a él, sino también a su familia, CFR. MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 560.

(22) MANZANARES SAMANIEGO, J., *La pena de multa. Op. Cit.*, p. 56.

cuantía concreta de la multa se adecue a la capacidad económica del sujeto, el principio de legalidad de las penas obliga al establecimiento de unos topes legales fijos que no pueden rebasarse[23]. Así pues, cierto sector de la doctrina indica que para los condenados que disponen de medios económicos resulta mucho menos gravosa que para quienes no los poseen y ello deja planteado el problema de la respuesta a adoptar en casos de insolvencia o impago, puesto que, de acudirse a la responsabilidad personal subsidiaria del insolvente, su tratamiento desigual respecto al que no lo es se incrementa todavía más[24].

Igualmente, se alude a su ineficacia desde el punto de vista preventivo 17
en relación con determinados delitos, especialmente aquellos que se cometen en el marco del denominado Derecho penal de la empresa. Afirma Muñoz Conde que, por ejemplo, en los delitos de seguridad e higiene en el trabajo, se trata de delitos de peligro cometidos por no adoptar determinadas precauciones que suelen incrementar los gastos improductivos de las empresas, por lo que puede resultar mucho más rentable afrontar el pago de la multa impuesta al responsable de la comisión del delito que cumplir con las normas preventivas de los riesgos[25].

VI. Sistema de multa

De los dos sistemas posibles para calcular la cuantía a pagar en caso de 18
que se imponga una pena de multa: el sistema de días-multa y el sistema de multa proporcional, el Código penal peruano recoge únicamente el primero de estos sistemas, es decir, el de días-multa. Conviene recordar que el sistema se centra en la resolución del problema de la individualización de la multa.

1. Origen y evolución

La paternidad del sistema de días-multa se atribuyen al profesor sueco 19
Von Thyren, quien lo formula junto con un conjunto de propuestas de modificación del Anteproyecto de Código Penal sueco en 1910. Este será introducido en el artículo 20 de dicha norma a través de la reforma operada el 3 de enero de 1916. Tras su introducción en el Código Penal sueco, este sistema se ha ido incorporando a prácticamente la totalidad de las legislaciones penales

(23) Ello ha propiciado el establecimiento de sistemas de aplicación de la pena de multa que permitan un mayor grado de adecuación a la capacidad económica del reo, como ocurre con el sistema de días-multa, al que haré referencia en el próximo apartado.

(24) Muñoz Conde, F. / García Arán, M., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 560.

(25) Ídem.

modernas. Por orden cronológico, pueden referenciarse los siguientes países: Finlandia (21 de marzo de 1921), Perú (Código Penal de 1924, Art. 20), Suecia (Ley de 24 de septiembre de 1931), Cuba en 1936 (Código de Defensa Social, Art. 56), Dinamarca (Ley de 15 de marzo de 1939), Argentina en 1960, Alemania en 1962 (Código Penal, Art. 51), Costa Rica en 1971 (Código Penal, Art. 53), Brasil en 1984 (Código Penal, Art. 49) y Bolivia en 1972 (Código Penal, Art. 29).

2. Fundamento

20 El sistema de días multa pretende reducir el impacto desigual que supone la imposición de una sanción pecuniaria a infractores con diferente capacidad económica. Se busca, en definitiva, la proporcionalidad de la sanción a la gravedad del delito y la igualdad de incidencia de la sanción sobre personas económicamente desiguales[26]. A este efecto, el carácter más igualitario de este nuevo sistema radica en que, con arreglo al mismo, dos hechos de la misma gravedad pueden ser castigados con idéntica extensión o duración de la pena de multa, pero diferenciándose cada cuota a pagar según la situación económica del condenado[27]. Por este motivo, este sistema ha sido considerado como uno de los logros más ingeniosos y acertados del Derecho penal[28].

VII. Bibliografía

21 Beristain Ipiña, Antonio, "Eficacia de las sanciones penales frente a la delincuencia económica". En: *Revista Cenipec* N° 7, 1982; Beristain Ipiña, Antonio, "La multa penal y la administración en relación con las sanciones privativas de libertad". En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales* T. 28, Fasc./Mes 3, 1975; BID, *Los costos ocultos de nuestras cárceles*. Disponible en <http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/F93295EF5E9512660525812900764996/$FILE/costos_carceles.pdf>; Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido, "Los problemas penitenciarios de la responsabilidad personal por insatisfacción de la

(26) Gracia Martín, L., "La pena de multa". *Op. Cit.*, p. 179. Beristain Ipiña, A., "La multa penal y la administración en relación con las sanciones privativas de libertad". En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales* T. 28; Manzanares Samaniego, J., *La pena de multa. Op. Cit.*, p. 139; Manzanares Samaniego, J., "La pena de multa en el Proyecto de Código Penal". *Op. Cit.*, p. 17; Roldán Barbero, H., *El dinero, objeto fundamental de sanción penal. Op. Cit.*, pp. 73-96, Sánchez García de Paz, M., "El Sistema de Penas (I)". En: *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía* N° 4010, p. 3 ss.; Mapelli Caffarena, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, pp. 195-197.

(27) Escrihuela Chumilla, J., *Todo penal*, p. 340.

(28) Manzanares Samaniego, J., *La pena de multa. Op. Cit.*

pena de multa". En: *I Jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria*, 1, Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1988; Council of Europe / University of Lausanne, *Space I - Council of Europe Anual Penal Statistics: Prison Populations. Survey 2016*. Disponible en <http://wp.unil.ch/space/files/2018/03/SPACE-I-2016-Final-Report-180315.pdf>; Council of Europe / University of Lausanne, *Space I - Council of Europe Anual Penal Statistics: Prison Populations. Survey 2017*. Disponible en <http://wp.unil.ch/space/files/2017/04/SPACE_I_2015_FinalReport_161215_REV170425.pdf>; Escrihuela Chumilla, Javier, *Todo penal*. 2ª edición. Wolkers Kluwer, Madrid, 2016; Gracia Martín, Luis, "La pena de multa". En: Gracia Martín, Luis / Boldova Pasamar, Miguel Ángel / Alastuey Dobon, Mª del Carmen, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español (el sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias, responsabilidad civil derivadas del delito)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996; Gracia Martín, Luis, *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006; Gracia Martín, Luis / Boldova Pasamar, Miguel Ángel / Alastuey Dobon, Mª del Carmen, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español (el sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias, responsabilidad civil derivadas del delito)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996; Hurtado Pozo, José, "La pena de multa". En: *Revista de Derecho y Ciencias Políticas* Vol. 50, Lima, 1993; Jescheck, Hans-Heinrich / Grebing, Gerhardt (editores), *Die Geldstrafe im deutschen und auslandischen Recht*. Nomos, Baden-Baden, 1978; Mapelli Caffarena, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito*. Aranzadi, Navarra, 2005; Mapelli Caffarena, Borja / Terradillos Basoco, Juan, *Las consecuencias jurídicas del delito*. 3ª edición. Civitas, Madrid, 1996; Manzanares Samaniego, José Luis, *La pena de multa*. Excelentísima Comunidad de Cabildos, Las Palmas, 1977; Manzanares Samaniego, José Luis, "La pena de multa en el Proyecto de Código Penal". En: *Anuario de Derecho y Ciencias Penales* T. XXXIII, Fasc. I, enero-abril 1980; Manzanares Samaniego, José, *Las penas patrimoniales en el Código Penal español. Tras la Ley Orgánica 8/1983*. Bosh, Barcelona, 1983; Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*. Reppertor, Barcelona, 2005; Muñoz Conde, Francisco / García Arán, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017; Pérez Castañeda, Jacqueline, *La pena de multa en el Derecho penal peruano*. Tesis de Magíster en Derecho, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2005. Disponible en <http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/cybertesis/2124/Perez_cj.pdf?sequence=1>; Ríos Martin, Julián Carlos / Pascual Rodríguez, Esther / Etxebarria Zarrabeitia, Xabier, *Manual sobre las consecuencias jurídicas del delito: su determinación y aplicación*. Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2016; Roldán Barbero, Horacio, *El dinero, objeto fundamental de sanción penal*. Akal, Madrid, 1983; Sánchez García de Paz, María Isabel, "El Sistema de Penas (I)". En: *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía* Nº 4010, año XVII, abril, 1996.

§ 42
Extensión de la pena de multa

ISABEL MONSERRAT SÁNCHEZ
Universidad de las Islas Baleares
(España)

Sumario

		Nm	P			Nm	P
I.	Introducción	1	675	III.	Bibliografía	6	677
II.	Determinación de la extensión temporal de la pena de multa	2	675				

§ 42.- Límite mínimo y máximo de la extensión de la pena de multa

"La pena de multa se extenderá de un mínimo de diez días-multa a un máximo de trescientos sesenticinco días-multa, salvo disposición distinta de la ley".

I. Introducción

La peculiaridad del sistema de días-multa se basa en la creación de una unidad de medida, el día-multa, paralelo al día de privación de libertad. Partiendo de este día-multa se determina la cuantía de la multa, que es el resultado de la concreción de dos aspectos: la extensión temporal de la pena (Art. 42) y la cuota diaria a pagar (Art. 43). El presente comentario se centra en el primer aspecto. El segundo aspecto se analizará en el comentario al artículo 43. 1

II. Determinación de la extensión temporal de la pena de multa

El primer paso consiste en establecer la extensión temporal de la pena de multa. Ello supone, por un lado, concretar el número de días en los que se deberá abonar la pena y, por otro, determinar una cifra de días de privación de libertad. Así, en este primer paso, el juez atenderá a la antijuricidad del delito, esto es, a la gravedad y circunstancias del hecho, a la culpabilidad del autor y a los fines de la pena. En este momento queda establecida la verdadera medida de la multa conforme a su naturaleza de pena[1]. 2

(1) MANZANARES SAMANIEGO, J., *La pena de multa*, p. 18.

3 La extensión temporal se encuentra regulada en el artículo 42. La unidad del sistema es el día-multa[2] y al igual que sucede en el resto de penas, el Código Penal establece un límite máximo y uno mínimo a efectos de determinar la extensión temporal de esta pena. Así, la extensión temporal de la pena de multa oscilará entre un mínimo de 10 días y una máximo de 1 año. Cuando la duración se fije por meses, se entiende que abarcan 30 días y cuando se fije por años, se entenderá que su duración será de 365 días.

4 El Código Penal peruano prevé, acertadamente, la posibilidad de rebasar alguno de los dos límites, tal y como sucede en otros ordenamientos jurídicos, a través de la previsión de la frase "salvo disposición distinta de la Ley"[3]. En este sentido, son numerosos los delitos en los que se conmina la conducta con una multa que excede el límite máximo fijado en este precepto.

Una vez determinado el parámetro temporal, se procede a concretar el segundo factor enunciado, es decir, la cuota que tiene que pagar cada día el penado. Como ya se dijo *supra*, este aspecto es analizado en el comentario al artículo 43, por lo que aquí solo me limitaré a precisar de forma muy escueta que el importe concreto de dicha multa se fija de forma individual para cada penado, conforme a sus circunstancias y condiciones económicas concretas, lo que permite satisfacer con mayor efectividad las exigencias de los principios de proporcionalidad e igualdad[4].

5 Esta importante ventaja en relación con otras modalidades de sanción pecuniaria hace que el sistema de día-multa esté considerado en la actualidad la fórmula más justa de castigo en el ámbito de este tipo de sanciones así como que la inmensa mayoría de legislaciones modernas lo hayan incluido en sus Códigos penales.

(2) Los días-multa es el equivalente a un día de privación de libertad en la pena de prisión. El legislador ha decidido adoptar el "día" como unidad de medida para determinar la extensión de la multa. Sin embargo, al igual que sucede con otras penas, podría haberse establecido cualquier otra unidad de medida tal como la semana, el mes o el año.

(3) Así, por ejemplo, en el caso de España, el límite máximo puede ser rebasado en dos supuestos. Por una parte, de acuerdo con el artículo 70.3.9 del Código Penal español, en aquellos casos en los que proceda aplicar una multa superior en grado a otra determinada y la cuantía resultante para este grado superior exceda dicho límite máximo general de dos años, en cuyo caso la multa podrá tener una duración máxima de treinta meses. Por otra parte, según el artículo 88.1, cuando la pena de multa sea aplicada como sustitutiva de la pena de prisión de hasta dos años, supuesto en el que cada día de prisión equivale a dos cuotas diarias, pudiéndose extender el pago de la pena de multa hasta cuatro años.

(4) Gracia Martín, L., "La pena de multa". En: Gracia Martín, L. / Boldova Pasamar, M. / Alastuey Dobon, M., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español (el sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias, responsabilidad civil derivadas del delito)*, p. 179.

III. Bibliografía

GRACIA MARTÍN, Luis, "La pena de multa". En: GRACIA MARTÍN, Luis / BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel / ALASTUEY DOBON, Mª del Carmen, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español (el sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias, responsabilidad civil derivadas del delito)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996; MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, *La pena de multa*. Excelentísima Comunidad de Cabildos, Las Palmas, 1977.

6

§ 43
Importe de la pena de multa

ISABEL MONSERRAT SÁNCHEZ
Universidad de las Islas Baleares
(España)

Sumario

	Nm	P
I. Introducción	1	679
II. Criterios de determinación del importe de la pena de multa	2	680
III. Limitaciones para la determinación del importe de la pena de multa	6	681
IV. Averiguación de los datos expresión de la capacidad económica del condenado.	9	682
1. ¿Debe hacer el juez un análisis exhaustivo?	10	682
2. ¿Qué ocurre si el juez carece de datos económicos?	11	682
3. ¿Qué ocurre si el sujeto carece de rentas, patrimonio o trabajo?	15	684
4. ¿Qué sucede si el condenado a pena de multa no paga?	18	685
5. Si el condenado no puede pagar, ¿podría pagar un tercero por él?	22	686
V. Bibliografía	24	687

§ 43.- Límite y máximo del importe del día-multa

"El importe del día-multa no podrá ser menor del veinticinco por ciento ni mayor del cincuenta por ciento del ingreso diario del condenado cuando viva exclusivamente de su trabajo".

I. Introducción

El segundo baremo a tener en cuenta para la concreción de la pena de 1
multa es la cuota a pagar. A este efecto, el artículo 41 establece que el importe del día-multa es equivalente al ingreso promedio diario del condenado y se determina atendiendo a su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza. A ello añade el artículo 43 una limitación, a saber, que la cuota no podrá ser menor del veinticinco por ciento ni mayor del cincuenta por ciento del ingreso diario del condenado cuando viva exclusivamente de su trabajo.

II. Criterios de determinación del importe de la pena de multa

2 La fijación del importe de las cuotas a pagar dependerá exclusivamente de la situación económica del penado, derivada del análisis de diversos factores: patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y signos externos de riqueza.

3 Resulta fundamental que para la determinación de dicho importe no solo se tenga en cuenta los ingresos salariales de carácter profesional de los que disponga el condenado, sino también cualquier otra fuente de ingresos. Ello porque conduciría a dejar fuera del ámbito de aplicación de la norma a personas que hubieran decidido por voluntad propia no trabajar al sustentarse gracias a cantidades percibidas como resultado de actividades no salariales, lícitas o ilícitas. Así, no son pocos los casos en los que el sujeto intenta acreditar una falsa situación de indigencia bajo el pretexto de no tener trabajo o, en el caso de un empresario, haber sido declarado en situación de insolvencia.

4 Así mismo, el criterio que el Código Penal peruano utiliza para determinar el importe del día-multa es el "ingreso promedio diario del penado", ello teniendo siempre en cuenta su "nivel de gasto", lo que equivale a la renta neta (y no bruta) que este percibe[1]. Este dato resulta especialmente reseñable en tanto en cuanto el Código Penal toma en consideración el ingreso real del penado. Ello permite ajustar con gran acierto y equidad la pena a su verdadera capacidad económica, hecho que, en definitiva, redunda en una mayor satisfacción de los fines de la pena. La operación matemática a realizar, por tanto, es la siguiente: valor económico de patrimonio mobiliario e inmobiliario + importe total de rentas percibidas + remuneraciones por trabajo + valor de otros bienes o derechos – gastos generados por todos y cada uno de los valores anteriores = importe de la multa. La cuota final de la multa resultará de un cálculo aritmético muy sencillo que consistirá en multiplicar el número de cuotas por la cuantía de cada cuota.

5 Es preciso señalar que, al amparo de la expresión ingreso promedio diario debe entenderse no solo el salario, sino también todos aquellos ingresos equivalentes a este como pueden ser las pensiones de cualquier naturaleza, las percepciones recibidas en concepto de pago de una beca o cualquier otro tipo de cotización de igual o similar naturaleza[2]. A todos estos supuestos, además,

(1) Pérez Castañeda, J., *La pena de multa en el Derecho penal peruano*, p. 258. En similar sentido, véase Gracia Martín, L., *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito,* pp. 189-190.

(2) Por todos, Pérez Castañeda, J., *La pena de multa en el Derecho penal peruano. Op. Cit.*, p. 258.

se les deberán aplicar también las limitaciones contenidas en el artículo 43 y que serán objeto de inmediato comentario, tal y como acertadamente propone la doctrina peruana(3).

III. Limitaciones para la determinación del importe de la pena de multa

Según se ha apuntado, el artículo 43 establece dos límites, uno máximo y otro mínimo, al resultado de la operación matemática enunciada en el apartado anterior. El importe total al que ascienda la multa no podrá ser inferior al veinticinco por ciento ni mayor del cincuenta por ciento del ingreso diario del condenado. Esta limitación se encuentra vinculada a un único supuesto: que el condenado viva exclusivamente de su trabajo. 6

1. Cierto sector de la doctrina ha realizado duras críticas al hecho de que se fijen límites en relación con la cuantía económica del la multa, señalando que esto puede suponer una contradicción del principio de igualdad de sacrificio. Esto sucedería, según estos autores, en aquellos casos en los que el penado ya posee con carácter previo, además del salario, una gran fortuna(4). Sin embargo, a mi modo de ver, tal opinión no hace sino una lectura sesgada e inoperante del precepto, ello por dos motivos que son uno corolario del otro: en primer lugar, por esta limitación que establece el artículo 43 del Código cuando el penado vive "exclusivamente", es decir, únicamente de su trabajo(5), lo que implica que no debe tener ninguna otra fuente de ingresos, y, en segundo lugar, porque muy acertadamente el artículo 41 establece como criterio para valorar la multa el patrimonio del penado. Además, a mi juicio, ambos condicionantes sirven en realidad como criterios correctores para los supuestos en los que el reo no dispone de más recursos que su trabajo. 7

2. En otro orden de cosas, otra cuestión a dilucidar en este punto es la relativa a la posibilidad de rebasar tales límites. Lo anterior implica dar respuesta 8

(3) YON RUESTA, en relación con el supuesto concreto de aquellas personas que solo obtienen una percepción mensual, afirma que la aplicación de la multa entre un 25 % y 50 % pueda ser aplicada no solo para quien vive exclusivamente de su trabajo, sino también para estos supuestos. YON RUESTA, R., "Notas sobre la pena de multa en los delitos financieros". En: *Libro de Ponencias del II Congreso Internacional de Derecho penal. Consecuencias Jurídicas del Delito*, p. 388.

(4) Véase sobre esta cuestión de forma más ampliada LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., "La pena de multa. Las penas en el Código Penal de 1995. Parte general". En: *Revista del Consejo General del Poder Judicial*, pp. 70-71, MAPELLI CAFFARENA, B., "La pena de multa en el Derecho Penal peruano". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales* Nº 12, p. 103.

(5) PÉREZ CASTAÑEDA, J., *La pena de multa en el Derecho penal peruano. Op. Cit.*, p. 258.

a la siguiente pregunta: ¿tienen los límites del artículo 43 carácter absoluto o simplemente pueden tomarse como una orientación de carácter relativo? Pues bien, los límites indicados no pueden ser rebasados en ningún caso.

IV. Averiguación de los datos expresión de la capacidad económica del condenado

9 El paso más importante para la fijación de la cuota de la multa es la averiguación de los datos relativos a la capacidad económica del penado. En este sentido, la determinación del valor de los bienes y derechos correspondientes a cada uno de los criterios citados en el artículo 41 resulta fundamental para conocer su verdadera situación económica y, por ende, para ajustar correctamente el importe de la multa a pagar a la misma. Esta investigación debe realizarse en fase de instrucción y se derivará especialmente de la pieza de responsabilidad civil, aunque esta no es el único medio probatorio para ello(6).

1. ¿Debe hacer el juez un análisis exhaustivo?

10 La relevancia de esta cuestión radica en que de ella depende la adecuación de la pena al principio de proporcionalidad. Sin embargo, tal y como se pone de manifiesto en numerosa jurisprudencia española, esto no significa que los órganos judiciales deban efectuar una investigación exhaustiva de todos los factores directos o indirectos que pueden afectar a la disponibilidad económica del acusado, puesto que en numerosas ocasiones será muy difícil conocer su situación real, sino que es suficiente con que tengan en cuenta los datos esenciales que permitan efectuar una razonable ponderación de la cuantía proporcionada de la pena de multa que haya que imponer(7).

2. ¿Qué ocurre si el juez carece de datos económicos?

11 La ausencia de datos económicos ha de interpretarse a favor del reo, sin que ello suponga la imposición automática y generalizada de la cuota mínima(8). Esta, sin embargo, es la tendencia que se observa en la jurisprudencia peruana(9) y que se ha seguido durante algunas décadas en otros países como España.

(6) Escrihuela Chumilla, J., *Todo penal*, p. 385.
(7) Sentencia del Tribunal Supremo Español 201/2014 de 14 de marzo de 2014. Sobre este particular, véase también Gracia Martín, L., *Las consecuencias jurídicas del delito. Op. Cit.*, p. 191 ss.
(8) Sentencia del Tribunal Supremo Español 1377/2001, de 11 de noviembre.
(9) Como digo, la jurisprudencia peruana tiene tendencia a aplicar la cuota mínima. Así se establece, de hecho, en el II Pleno Jurisdiccional Penal realizado en la ciudad de Ica (del 11 al 14 de noviembre de 1998), que el artículo 43 solo es aplicable si durante el proceso ha quedado

En este supuesto, habrá que distinguir si se desconoce la capacidad económica porque no ha sido posible averiguarla o porque no se ha investigado por el órgano judicial. En el segundo supuesto, la respuesta es clara, la cuota a imponer debe ser la mínima. En cambio, lo mismo no puede decirse en el primer supuesto, sobre todo porque habitualmente resulta muy complicado averiguar cuál es la situación económica real del penado[10], el cual, además, podría intentar ocultarla y la multa devenir inefectiva desde el punto de vista de los fines de la pena[11]. 12

Estas razones han conducido a la jurisprudencia española a evolucionar de la radical aplicación de la cuantía mínima legal de la cuota diaria hacia una interpretación más flexible pero respetuosa con el principio de proporcionalidad. De este modo, la fijación de la multa en este país podrá realizarse, conforme a la jurisprudencia, en atención a alguno de los siguientes extremos: la acreditada situación económica concreta del sancionado, con apoyo expreso de la correspondiente pieza de responsabilidad civil; b) alguna circunstancia 13

suficientemente acreditada la condición de trabajador dependiente del condenado con la boleta de pago correspondiente u otro medio probatorio de efectos similares.

(10) Afirma, en este sentido, Pérez Castañeda que al parecer la actividad procesal en este dominio es muy limitada, al extremo que la investigación sobre la renta probable del imputado suele circunscribirse a lo consignado en la declaración instructiva (limitándose a evaluar aspectos básicos como la profesión, estado civil y número de hijos), omitiéndose cualquier acopio de otros medios de información solicitados, entre otros, a los Ministerios, Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, Superintendencia de Banca y Seguros, Registro de Propiedad Vehicular, Registro de Propiedad Inmueble, municipalidades, etc. (boletas de remuneraciones, facturas de gastos de escolaridad, declaraciones de renta, etc.). En este punto, la misma autora cita a Du Puit, quien indica que no se percibe cómo se determinará el importe del día-multa siguiendo lo dispuesto en el artículo 41, con las deficiencias de organización, falta de medios materiales y personales que caracterizan el sistema judicial peruano. Si se sigue el tenor literal de la norma, resulta inaplicable en un país como el Perú, en donde en relación con la mayoría de la población (proveedora del mayor número de procesados) se debería hablar más bien de "signos exteriores de pobreza". Además, se tendría que aceptar que solo se ha pensado en los pudientes que poseen todo lo enumerado en la disposición citada, pues se ha empleado la conjunción "y" en lugar de la disyunción "o" empleada en el artículo 20 del Código derogado. Du Puit, J., "La pena de multa". En: *El sistema de sanciones penales. Anuario de Derecho Penal 1997/1998*; Pérez Castañeda, J., *La pena de multa en el Derecho Penal peruano. Op. Cit.*, p. 246. También sucede lo mismo en España, tal y como pone de relieve Sánchez García de Paz, I., "Artículo 50". En: Gómez Tomillo, M. (director), *Comentarios al Código Penal*, p. 316.

(11) Explica, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo Español 1377/2001 de 11 de noviembre que la insuficiencia de datos no debe llevar automáticamente y con carácter generalizado a la imposición de la pena de multa con una cuota cifrada en su umbral mínimo absoluto, a no ser que lo que en realidad se pretenda sea vaciar de contenido el sistema de penas establecido por el Poder Legislativo en el nuevo Código Penal, convirtiendo la pena de multa por el sistema legal de días multa en algo nuclearmente simbólico, en el que el contenido efectivo de las penas impuestas por hechos tipificados en el Código Penal acabe resultando inferior a las sanciones impuestas por infracciones administrativas similares, que tienen menor entidad que las penales.

específicamente reveladora de una determinada capacidad económica (propiedad de un automóvil o de la vivienda que ocupa, por ejemplo)[12]; c) cuando menos, algún dato que el juzgador de instancia, desde la apreciación que le permite su inmediación en juicio, ponga de relieve, con argumentos racionalmente aceptables, en la motivación que su decisión al respecto; en todo caso, incluso la posibilidad de que el Tribunal *ad quem* vislumbre, con los datos que se ofrezcan en el procedimiento, que la cuantía aplicada no aparece como desproporcionada, al no resultar excesiva dado su importe, situado con proximidad al límite legal mínimo, siempre que no pueda considerarse al condenado carente de todo tipo de ingresos[13].

14 Desde esta perspectiva, la laxitud ha llegado hasta tal punto que se considera que, dada la amplitud de los límites cuantitativos que prevé la ley española, la imposición de una cuota diaria en la zona baja de esa previsión no requiere de fundamento expreso[14]. En este sentido, se ha instaurado una línea jurisprudencial que considera que la fijación de unas cuotas que o no superan siquiera las del salario mínimo, o, en todo caso, llevan a una sanción, en el ámbito penal, incluso inferior a la que pudiera considerarse equivalente impuesta por la Administración en el ejercicio de su función sancionadora, no requieren mayor justificación para ser consideradas conforme a derecho, puesto que una cifra menor habría que considerarla insuficientemente reparadora y disuasoria, por lo que la sanción penal no cumpliría adecuadamente su función de prevención general positiva[15]. Sin embargo, esto último no me parece razonable, pues los criterios y las bases económicas de la pena deben quedar motivadas en la sentencia[16].

3. ¿Qué ocurre si el sujeto carece de rentas, patrimonio o trabajo?

15 El Código Penal peruano vigente no recoge reglas especiales destinadas a definir el importe de la cuota diaria para casos de condenados carentes de

(12) En este punto, la jurisprudencia considera admisible utilizar como argumento el potencial económico del penado, que puede deducirse de datos como el hecho de costear los honorarios de la defensa técnica (el abogado). Véase Sentencias del Tribunal Supremo Español 1342/2001, de 29 de junio; 996/2003, de 7 de julio y 559/2009, de 27 de marzo.

(13) Sentencias del Tribunal Supremo Español 318/2016, de 15 de abril; 441/2014, de 5 de junio; 434/2014, de 3 de junio; 232/2014, de 25 de marzo.

(14) Sentencia del Tribunal Supremo Español 434/2014, 3 junio.

(15) Sentencia del Tribunal Supremo Español 17/2014, de 28 de enero.

(16) Sentencia del Tribunal Supremo Español 483/2012, de 7 de junio.

una renta personal. En otros países, en cambio, la legislación contempla disposiciones de aplicación subsidiaria para este tipo de supuestos.

La solución a aplicar es clara: la prueba de indigencia debe conducir a la 16
condena de la cuota mínima. Así como en los casos ordinarios en que no concurren circunstancias extremas resulta adecuada la imposición de una cuota prudencial situada en el tramo inferior y próxima al mínimo[17], en los supuestos de indigencia o miseria no hay duda de que debe ser así.

En este caso deben contrastarse al máximo posible los datos económicos 17
de los que el órgano judicial dispone del condenado y es necesario tener en cuenta que la declaración de insolvencia no debe ser considerada como una prueba de indigencia[18].

4. ¿Qué sucede si el condenado a pena de multa no paga?

Aún así, en el caso de que el penado sea indigente es posible que no pueda 18
satisfacer el importe de la multa. En caso de impago de la pena de multa deberá acudirse a lo dispuesto en el artículo 56 del Código Penal. Este precepto prevé la responsabilidad penal subsidiaria en caso de impago de multa que permite al juez convertir con carácter potestativo cada día multa no pagado en un día de pena privativa de libertad o en privativa de otros derechos o de prestación de servicios a la comunidad según se trate de una falta de pago voluntaria o por causa de indigencia. Aunque este precepto no es objeto de mi comentario, quiero resaltar tres cuestiones al respecto:

1. Resulta muy acertado distinguir si el impago de la pena de multa se 19
produce por falta de voluntad o dejadez del condenado a la misma o porque el penado no dispone de recursos económicos para ello.

2. También resulta loable que el Código Penal permita al juez optar 20
a la hora de decidir ante el incumplimiento injustificado del penado entre

(17) Sentencia del Tribunal Supremo Español 1377/2001, de 11 de julio.

(18) Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo Español 847/2007, de 18 de octubre, indica que hay datos objetivos que sitúan al condenado lejos de su situación de indigente aun cuando ha habido declaración de insolvencia: tiene vehículo y moto, un revolver, es alicatador, toma aviones, es soltero y no tiene cargas, proporcionalidad con los daños causados. También a este respecto: Sentencias del Tribunal Supremo Español 509/1998, de 14 de abril; 1727, 1999, de 6 de marzo; 1800/2000, de 20 de noviembre; 646/2001, de 17 de abril; 1035/2002, de 3 de junio; 49/2005, de 28 de enero; y 711/2006, de 8 de junio.

ejecutar el cobro por la vía de apremio o convertir la pena de multa en una privativa de libertad[19].

21 En consecuencia, tal y como señala PÉREZ CASTAÑEDA, la posibilidad de una conversión de la multa en privación de libertad ya no depende de la mala situación económica del condenado, sino que ello será consecuencia de la disposición personal del condenado solvente a atender la sanción pecuniaria que le fue impuesta y está obligado a cumplir[20]. No se trata, pues, de una prisión por deudas, ya que la multa no es una deuda, sino una sanción que tiene que ser ejecutada, más aún si el condenado posee los recursos suficientes para sufragar el monto impuesto[21].

5. Si el condenado no puede pagar, ¿podría pagar un tercero por él?

22 Vistas las importantes consecuencias que tiene el hecho de no poder hacer frente al pago de la multa, se plantea la posibilidad de si podría un tercero hacer frente al pago de la multa. La doctrina comparada se encuentra dividida en lo que concierne a ofrecer una opinión en relación con esta cuestión. En cualquier caso, ante todo debe recordarse que en la pena de multa rigen igualmente los principios del Derecho penal y que, precisamente, una de las derivaciones del principio de culpabilidad es el principio de personalidad de las penas, el cual implica, entre otros efectos, que únicamente el culpable de una infracción penal puede sufrir la imposición de una pena[22]. La proyección de este principio a la multa penal debería dar lugar no solo a la interdicción del aseguramiento de su pago, sino también al reconocimiento del carácter intransmisible de la misma y de la invalidez del pago efectuado por otro[23].

23 De este modo, la multa es personal y su importe no le puede ser exigido o ser abonado por un tercero o por los herederos del condenado, ni que se fije un monto único de abono solidario o mancomunado para varios condenados.

(19) En general, la doctrina peruana considera que debe aplicarse el primer supuesto cuando el impago se produce por mera irresponsabilidad del condenado y el segundo cuando se manifiesta contrario a pagar.

(20) PÉREZ CASTAÑEDA, J., *La pena de multa en el Derecho penal peruano. Op. Cit.*, p. 286.

(21) Ídem.

(22) Especial relevancia tiene en este momento recordar el carácter personal de la multa como pena: no genera derechos de reembolso o compensación con otros créditos y no es posible que la pague otro. A favor del pago por tercero, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., "La pena de multa. Las penas en el Código Penal de 1995. Parte general". *Op. Cit.*, p. 74.

(23) MANZANARES SAMANIEGO, J., *La pena de multa*, p. 19; MANZANARES SAMANIEGO, J., *Las penas patrimoniales en el Código Penal español: tras la Ley Orgánica 8/1983*, p. 4.

Mayor dificultad suponen aquellos casos en los que el penado paga la multa con el dinero que ha recibido por previa donación. En este sentido, JESCHECK considera no solo que no es admisible donar el dinero al condenado para pagar la multa, sino que, incluso, ello podría constituir un supuesto de favorecimiento en el delito de quebrantamiento de condena[24]. MIR PUIG, por su parte, considera que, aunque debe rechazarse el pago efectuado por un tercero, si el dinero es ya propiedad del reo porque lo ha recibido previamente por título de donación, entonces el que paga es el reo y no el tercero[25].

V. Bibliografía

DU PUIT, Joseph, "La pena de multa". En: *El sistema de sanciones penales. Anuario de Derecho Penal 1997/1998*. San Marcos, Lima, 1998. Disponible en <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1997_07.pdf>; ESCRIHUELA CHUMILLA, Javier, *Todo penal*. 2ª edición. Wolkers Kluwer, Madrid, 2016; GRACIA MARTÍN, Luis, *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006; JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal*. 5ª edición. Comares, Granada, 2003; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, "La pena de multa. Las penas en el Código Penal de 1995. Parte general". En: *Revista del Consejo General del Poder Judicial*, 1999; MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, *La pena de multa*. Excelentísima Comunidad de Cabildos, Las Palmas, 1977; MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, *Las penas patrimoniales en el Código Penal español: tras la Ley Orgánica 8/1983*. Bosh, Barcelona, 1983; MAPELLI CAFFARENA, Borja, "La pena de multa en el Derecho Penal peruano". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales* Nº 12, año VII-VIII; MIR PUIG, Santiago, *El sistema de penas y su medición en la reforma penal*. Bosh, Barcelona, 1996; PÉREZ CASTAÑEDA, Jacqueline, *La pena de multa en el Derecho penal peruano*. Tesis de Magíster en Derecho, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2005. Disponible en <http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/cybertesis/2124/Perez_cj.pdf?sequence=1>; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, "Artículo 50". En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (director), *Comentarios al Código Penal*. Lex Nova, Valladolid, 2011; YON RUESTA, Roger, "Notas sobre la pena de multa en los delitos financieros". En: *Libro de Ponencias del II Congreso Internacional de Derecho Penal. Consecuencias Jurídicas del Delito*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Castilla-La Mancha y Asociación Civil Derecho y Sociedad. ARA, Lima, 1997.

24

(24) JESCHECK, H., *Tratado de Derecho penal*, p. 1075.

(25) MIR PUIG, S., *El sistema de penas y su medición en la reforma penal*, p. 182.

§ 44
Plazo de pago de pena de multa

ISABEL MONSERRAT SÁNCHEZ
Universidad de las Islas Baleares
(España)

Sumario

	Nm	P
I. Reglas generales que rigen el pago de la pena de multa	1	689
II. Reglas excepcionales que rigen el pago de la pena de multa: fraccionamiento del pago del importe de la pena de multa	3	690
III. Bibliografía	4	690

§ 44.- Plazo del pago de multa

"La multa deberá ser pagada dentro de los diez días de pronunciada la sentencia. A pedido del condenado y de acuerdo a las circunstancias, el Juez podrá permitir que el pago se efectúe en cuotas mensuales.

El cobro de la multa se podrá efectuar mediante el descuento de la remuneración del condenado cuando se aplica aisladamente o cuando se aplica acumulativamente con pena limitativa de derechos o fuere concedida la suspensión condicional de la pena, conforme a los límites previstos en el artículo 42.

El descuento no debe incidir sobre los recursos indispensables para el sustento del condenado y su familia".

I. Reglas generales que rigen el pago de la pena de multa

El apartado 1 del artículo 44 del Código Penal peruano establece que la 1
pena de multa deberá abonarse dentro de los diez días siguientes de que ha sido pronunciada la sentencia. Dos cuestiones resultan criticables al respecto. Por una parte, que el precepto utilice el verbo "pronunciar" y no el de "notificar", ya que es en este momento, el de la notificación, cuando el penado tiene conocimiento del importe a pagar y puede empezar a reunirlo. Por otra parte, que se exija la multa antes de que la sentencia sea firme, ello porque es posible que el condenado recurra la sentencia y, si un tribunal superior la revoca o considera excesiva la cuantía de la multa e impone una inferior, entonces el Estado estará obligado a devolver el dinero que incorrectamente ha percibido[1].

(1) PÉREZ CASTAÑEDA, J., *La pena de multa en el Derecho penal peruano*, p. 272.

2 El apartado 2 de dicho precepto posibilita que el importe de la multa se deduzca directamente del salario o remuneración del condenado. Ello se conoce como la figura del descuento. Este puede tener lugar solo en los supuestos recogidos en el propio texto, a saber, cuando se aplica aisladamente o cuando se aplica acumulativamente con pena limitativa de derechos o fuere concedida la suspensión condicional de la pena. En cualquier caso, el descuento estará sometido a un importante límite que es expresión de los principios de humanidad y personalidad de la pena: el descuento no puede incidir sobre los recursos indispensables para el sustento del condenado y su familia.

II. Reglas excepcionales que rigen el pago de la pena de multa: fraccionamiento del pago del importe de la pena de multa

3 Si las circunstancias personales del condenado a pena de multa le impiden hacer frente al pago de la misma, se permite el fraccionamiento de la cantidad total a pagar en cuotas mensuales. Debe tenerse presente que se trata de una modalidad excepcional que no se encuentra nada precisada en el precepto.

III. Bibliografía

4 PÉREZ CASTAÑEDA, Jacqueline, *La pena de multa en el Derecho penal peruano*. Tesis de Magíster en Derecho, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2005. Disponible en <http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/cybertesis/2124/Perez_cj.pdf?sequence=1>.

CAPÍTULO II

APLICACIÓN DE LA PENA

§ 45
Presupuestos para fundamentar y determinar la pena

FERNANDO ANDRADE FERNANDES
Universidade Estadual Paulista - UNESP
(São Paulo - Brasil)

Sumario

	Nm	P		Nm	P
I. Introducción	1	693	IV. Criterios para fundamentar y determinar la pena (Art. 45)	77	712
II. Deber de fundamentación (Art. 45)	44	705	V. Bibliografía	140	727
III. Determinación de la pena (Art. 45)	63	709			

§ 45. Presupuestos para fundamentar y determinar la pena

"El juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, tiene en cuenta:

a. Las carencias sociales que hubiese sufrido el agente o el abuso de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o la función que ocupe en la sociedad.

b. Su cultura y sus costumbres.

c. Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependan, así como la afectación de sus derechos y considerando especialmente su situación de vulnerabilidad".

I. Introducción

Desde una perspectiva más expandida sobre los juicios inherentes a la actuación de los órganos jurisdiccionales en la dinámica de la intervención penal, se sostiene que: 1

> "En un primer momento él se pronuncia sobre la tipicidad o relevancia penal de la conducta atribuida al procesado (juicio de subsunción). Luego, a la luz de la evidencia existente decide la inocencia o culpabilidad de este en base a los hechos probados (declaración de certeza). Y, finalmente, se declaró la responsabilidad penal del imputado deberá definir la calidad e intensidad de las consecuencias jurídicas que corresponde aplicarle como autor o partícipe de la infracción penal cometida (individualización de la sanción)"[(1)]. 2

(1) PRADO SALDARRIAGA, V., *La determinación judicial de la pena en la Ley 30076*, p. 12.

3 Justo por eso se puede decir que los dos momentos más sensibles en toda la intervención penal concreta son: i) la imputación del hecho; ii) la determinación de la pena. Así, pues, razón asiste al entendimiento de que "la determinación de la pena constituye, por lo tanto, la continuación cuantitativa de la teoría del delito (...)"(2).

4 La iniciativa por empezar desde esta aclaración ya revela la importancia y los desdoblamientos que pueden y deben ser sacados de este acercamiento entre teoría jurídica del delito y teoría de la determinación de la pena.

5 De particular interés, la determinación de la pena se refiere al momento más importante de la intervención penal en términos concretos, pues en la imposición e individualización de la pena es que se materializa el poder/deber de castigar que se asigna al Estado.

6 En términos todavía más directos, la determinación de la pena se trata de "la imposición formal y concreta de una pena al autor o partícipe culpable de un delito"(3). Así, acerca de la determinación judicial de la pena se sostiene que "su función, por tanto, es identificar y medir las dimensiones cualitativas y cuantitativas de las consecuencias jurídicas que corresponde aplicarle al autor o partícipe culpable de un delito". "Esto es, a través de ella, se procede a evaluar y decidir sobre el tipo, la extensión y el modo de ejecución de la pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria que resulten aplicables al caso"(4). De esto resulta un vínculo estrecho entre el tema de la determinación de la pena y la teoría de las consecuencias jurídicas del delito(5).

7 No obstante su importancia en términos prácticos y teóricos, es común la constatación de que el tema ha quedado al margen del desarrollo y refinamiento que sí se ha verificado con relación a la dogmática de la teoría del delito, generando un "desigual desarrollo entre la teoría del delito y la teoría de la determinación de la pena"(6). La determinación judicial de la pena sigue

(2) Silva Sánchez, J., "La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático) un primer esbozo". En: *Indret* 02/2007, p. 4.

(3) Prado Saldarriaga, V., *La determinación judicial de la pena en la Ley 30076. Op. Cit.*, p. 12.

(4) Ibídem, p. 32.

(5) Velásquez Velásquez, F., *Los criterios de determinación de la pena en el C. P. peruano de 1991*, p. 1.

(6) Silva Sánchez, J., "La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático) un primer esbozo". *Op. Cit.*, p. 3. En el mismo sentido: Maier, J., "Prólogo". En: Beloff, M., y otros, *Determinación judicial de la pena*, pp. 11 y 12; Schünemann, B., "Prólogo". En: Hörnle, T. *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*, p. 17, Asimismo, Hörnle, T., *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*, p. 35; Magariños, M., "Hacia un criterio para la determinación judicial de la

siendo uno de los problemas más controvertidos y complejos en los diversos ordenamientos jurídicos[7], relegado "más que al arbitrio a la arbitrariedad del juzgador"[8], incluso por el papel marginal que las ciencias penales le asignan[9]. Dicho problema teórico y práctico también es la falencia principal del Derecho penal peruano"[10].

Uno de los factores que contribuyen a este aspecto muy problemático de 8
la determinación de la pena es, sin duda, el estrecho vínculo que siempre ha sido reconocido con el tema de los fines de la pena criminal[11]. Así, en gran parte de los intentos por identificar una racionalidad político-criminal general de los distintos modelos de la determinación de la pena, se verifica un acercamiento con el tema de las finalidades que se espera de la sanción penal; es decir, se sujeta la imposición de las penas a la vigencia del principio de la teleología de las sanciones penales. Conforme a dicha directriz, "(...) cuando el Estado, representado en la persona del juez, impone al transgresor de la ley una sanción criminal (pena o medida de seguridad) lo hace con un objetivo determinado, el cual emana del programa político-criminal que la organización estatal se propone llevar a la realidad"[12].

Sin embargo, en la determinación de la pena siempre ha sido destacada 9
la cuestión todavía más relevante de todo el Derecho penal, que no es otra cosa que los fines de la pena criminal. En efecto, por encima de la complejidad de la justificación y legitimación del propio sistema jurídico-penal positivo, se encuentra la problemática de los fines de la pena, que sigue siendo la gran cuestión aún no resuelta en el ámbito jurídico-penal[13]. Con mayor propiedad, tal vez no debería hacerse referencia a los "fines de la pena", sino a la función y límites que corresponden al Derecho penal", ya que en la determinación de la pena confluye el "triángulo mágico" que está constituido por la

pena". En: Beloff, M. y otros, *Determinación judicial de la pena*, p. 72; Ziffer, P., "Problemática de la individualización de la pena". En: Beloff, M. y otros, *Determinación judicial de la pena*, p. 90.

(7) Caro Coria, D., "Notas sobre la individualización judicial de la pena en el Código Penal peruano". En: *Rondando al Código Procesal Penal*, p. 2.

(8) Magariños, M., "Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena". *Op. Cit.*, p. 71.

(9) Hörnle, T., *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania. Op. Cit.*, p. 66.

(10) Prado Saldarriaga, V., *La determinación judicial de la pena en la Ley 30076. Op. Cit.*, p. 11.

(11) Caro Coria, D., "Notas sobre la individualización judicial de la pena en el Código Penal peruano". *Op. Cit.*, pp. 2 y 4.

(12) Velásquez Velásquez, F., *Los criterios de determinación de la pena en el C. P. peruano de 1991. Op. Cit.*, p. 17.

(13) Ibídem, p. 1.

compensación de la "culpabilidad", de la "prevención general" y de la "prevención especial"[14].

10 Igualmente, en ordenamientos jurídicos en los que siempre hubo una fuerte discusión sobre el tema, la doctrina y la jurisprudencia no han llegado a un consenso acerca de la cuestión de los fines de la pena[15]. En la actualidad existe una intensa polémica entre los partidarios de las diversas corrientes, siendo posible clasificarlos en dos grupos principales. Por un lado, están las *Teorías absolutas*, cuya fundamentación se encuentra en un ideal de justicia y en el sentido de expiación que se le asigna; pese a ello se reconoce que, a través de la imposición de la pena, se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del agente que realiza un injusto penal. Por otro lado, se encuentran las denominadas *Teorías relativas*, cuya naturaleza y fin es la prevención de delitos. A su vez, los fines preventivos son diferenciados en *prevención especial* y *prevención general*. La prevención especial actúa sobre el autor individual (especial), con vistas a evitar que realice nuevos delitos, sea por medio de su segregación (sentido negativo), sea por medio de su resocialización o reintegración social (sentido positivo), sea, cuando menos, evitando su estigmatización (sentido novedoso y real). Por su parte, la *prevención general* busca no solo influir en el autor del delito, sino, sobre todo, en la colectividad; así, en primer lugar, la prevención general busca actuar sobre los potenciales delincuentes para que estos se abstengan de cometer delitos; en segundo lugar, la prevención general busca actuar sobre la comunidad de los ciudadanos, como un refuerzo de la conciencia jurídica social hacia el respeto de la normas[16].

11 Ante la interminable polémica que generan, hay una tendencia en el sentido de la necesidad de consideración conjunta de estos distintos fines que se asigna a la pena criminal, en especial en momentos concretos como es el de la determinación de la pena. Con el debido reparo en cuanto a la mejor expresión de los fines del Derecho penal, es posible compartir la idea de que "al

(14) MAGARIÑOS, M., "Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena". *Op. Cit.*, p. 73.

(15) Por referencia al ordenamiento jurídico alemán, en la decisión del *BverfG* 45, 187, 253 s.: "el Tribunal Constitucional federal ha ocupado repetidamente del sentido y fin de la pena estatal sin haber adoptado, en principio, posición sobre las teorías penales defendidas en la doctrina (...) Se ha indicado como misión general del Derecho penal la protección de los valores elementales de la vida en comunidad. Como aspectos de una sanción penal adecuada han sido indicadas la compensación de la culpabilidad, la prevención, la resocialización del agente, la expiación y la retribución por el injusto cometido". En otra decisión (*BverfG* 39, 1, 57), el mismo Tribunal Constitucional federal se ha pronunciado en el sentido de que la sanción penal es "–sin perjuicio de su misión de intimidar y resocializar– retribución por el injusto cometido".

(16) Acerca de todo esto, además de las informaciones en la mayoría de las fuentes, consultar: FERNANDES, F., *O processo penal como instrumento de política criminal*, p. 695 ss.

individualizar la pena se debe tener en cuenta todos estos criterios, los cuales deben ser considerados en forma metódica"[17].

Lo que se puede reconocer en torno a dicha problemática es que hay un 12
determinado consenso en el sentido de que la "simple combinación de principios heterogéneos, en vez de neutralizar las diversas carencias, puede potenciar aún más las falencias a través de la simple acumulación de las ideas fundamentales de las distintas teorías". Ante dicho panorama, las "carencias que afectan a las teorías retribucionistas, intimidadoras o correctivas, pretenden ser superadas por las *teorías unificadoras* que combinan los distintos fines de la pena entre sí". Esto significa, ninguno de los fines radicales y excluyentes asignados a las teorías de la prevención general y especial, de la culpabilidad, de la expiación y de la retribución pueden ser absolutos", sino que, "en lugar de fundamentar el sistema sancionador penal sobre la base de una absolutización aislada de determinados fines individuales o de una mera combinación de diversos fines, ese sistema se debe basar en una *imbricación escalonada de sus distintas funciones*"[18].

Cabe advertir que es pasible de objeción y críticas –por falta de funda- 13
mentación teórica– la idea de asignar a la pena fines de diversa índole (v. gr., la compensación de la culpabilidad y la prevención general y especial, etc.) que son colocados uno al lado de otro. Pues dicho modelo –en su expresión de una "teoría unificadora aditiva"– no logra superar las deficiencias de las diferentes opiniones relativas a cada una de las teorías particulares, ya que solo se trata de en un "ir" y "venir" sin sentido entre las distintas finalidades. De esto resulta que lo mejor es la consideración de una "teoría unificadora preventiva 'dialéctica'", de modo que sean conservados los aspectos correctos y alejadas las deficiencias de los distintos planteamientos teóricos sobre la pena[19]. Prevalece, pues, el planteamiento de que según la etapa del Derecho penal en

(17) Ziffer, P., "Problemática de la individualización de la pena". *Op. Cit.*, p. 92.

(18) Eser, A. / Burkhardt, B., *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, p. 36 ss.

(19) Roxin, C., *Derecho penal. Parte general*, p. 94, n. m. 34. Aunque no sea posible afirmar que las teorías unificadoras sean el final de los tiempos con relación al tema de las finalidades de la pena, en la perspectiva del ordenamiento jurídico alemán lo cierto es que la jurisprudencia no ha dejado de manifestarse favorablemente el respeto a ellas. Así es que se afirma en la decisión del *BverfG* 45, 187, 253 s.: "el Tribunal Constitucional federal ha ocupado repetidamente el sentido y fin de la pena estatal sin haber tomado, en principio, posición acerca de las teorías penales defendidas en la doctrina (...) Ha sido asignado como misión general del Derecho penal la protección de los valores elementales de la vida en comunidad. Como aspectos de una sanción penal adecuada han sido asignadas la compensación de la culpabilidad, la prevención, la resocialización del condenado, la expiación y la retribución por el injusto que ha sido cometido".

se encuentre se debe realizar (la *amenaza* penal legal, la imposición judicial de una pena y la *ejecución* penal) se puede otorgar a los diversos fines de la pena una determinada función con distintos grados de intensidad[20].

14 En ese contexto se intenta atribuir un igual nivel de influencia a las distintas finalidades, de modo que, según las necesidades y el momento de la dinámica punitiva estatal, una u otra pueda ser colocada en evidencia[21]. Esto expresa, pues, un cierto consenso en torno a la necesidad de consideración conjunta de los distintos fines en la determinación de la pena; lo que sigue sin determinación ni consenso es la forma en que debe llevarse a cabo en la práctica la materialización de dichos fines.

15 Sin embargo, ahondando un poco más en la problemática, cabe advertir que, pese a los esfuerzos realizados desde los albores de la civilización respecto de la fundamentación, legitimación, la problemática de los fines de la pena jamás podrá resolverse por medio de un plan general, teórico y abstracto, que sea compatible con toda y cualquier experiencia humana. Tan pronto como se comprueba que la evolución de las sociedades avanza a pasos agigantados y que, por lo tanto, las diversas cuestiones del Derecho penal –por ejemplo, *la cuestión de los fines de la pena– son un problema normativo, relacionado a un deber ser, que solamente puede ser aclarado teniendo en cuenta un determinado orden específico*, resulta ineludible que los fines de la pena se determinen según los valores que rigen en una determinada comunidad jurídica. Es decir, *el problema de los fines de la pena criminal es una cuestión jurídica* que no puede ser resuelta desde una perspectiva filosófica o simplemente moral, pese a que dichas perspectivas teóricas sean consideradas para interpretar y comprender los fines de las sanciones penales.

16 En consecuencia, la cuestión de los fines de la pena puede (debe) ser formulada desde una perspectiva concreta; es decir, en función de las finalidades que *debe* perseguir la pena criminal y no en virtud de la función que esta *efectivamente cumple*.

17 Esta perspectiva es de gran importancia, en la medida que, a través de ella, es posible la superación de la interminable polémica en torno a las finalidades de la pena criminal. Además, una perspectiva concreta nutre a los fines

(20) Roxin, C., "Sinn und Grezen staatlicher Strafe". En: *JuS*, 1966, p. 377.

(21) Caro Coria, D., "Notas sobre la individualización judicial de la pena en el Código Penal peruano". *Op. Cit.*, p. 4; Eser, A. / Burkhardt, B., *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias. Op. Cit.*, pp. 37-38. El argumento se extrae de la anotación en comentario a la decisión *BGHSt* 24, 40, del ordenamiento jurídico alemán.

de la pena de una consideración dinámica, la cual puede plasmarse en cualquier contexto espacial y temporal delimitado.

Pero debe quedar claro que *la asignación de fines a la pena solo tiene sentido en una sociedad.* Aunque sea esta una afirmación evidente desde Kant, lo que se desea matizar con dicha referencia es que la cuestión de los fines de la pena solo puede ser mejor aclarada en relación con una concreta y determinada sociedad, teniendo en cuenta los valores que, a su tiempo, son considerados los más importantes. 18

Todavía, ante las consecuencias negativas que una consideración muy amplia entre la sociedad concreta y los fines de la pena pueda tener para la libertad de las personas –en virtud de que la pena es la que más afecta a los espacios de libertad– se debe asegurar que los fines concretos de la pena (pena impuesta por el juez) se vinculen a los fines de la pena que un determinado orden (jurídico) concreto previamente ha establecido. 19

Acortando el razonamiento, en referencia al que pasa en las sociedades contemporáneas que integran un determinado entorno cultural –es decir, sociedades institucionalizadas, que se organizan bajo la idea del Estado de derecho social y democrático–, sin rodeos se puede decir que *los fines de la pena criminal solamente pueden ser aclarados con base en el ordenamiento jurídico, que, explícita o implícitamente, se encuentra establecido en la respectiva Constitución política y jurídica.* 20

En mi opinión, se debe partir del principio de que en las sociedades contemporáneas que se organizan conforme a los moldes de un Estado de derecho democrático y social, las finalidades de la pena criminal deben ser buscadas en el interior del ordenamiento jurídico; es decir, en el marco –explícita o implícitamente– delimitado en las respectivas constituciones. 21

En consecuencia, en el marco de una *perspectiva teleológica* concreta que está orientada a la prevención especial positiva, el análisis de la determinación de la pena en el ordenamiento jurídico peruano debe realizarse bajo dichas consideraciones teleológicas. Se sostiene, pues, que "lo que debe perseguir un Estado de derecho –por ejemplo, el Estado peruano– no es la causación de un mal al infractor, sino su readaptación, su resocialización, su reeducación, siempre que ello sea posible y no se afecten los derechos humanos fundamentales del 22

sentenciado; de tal manera que este, en el futuro, pueda llevar una vida sin cometer delitos y reincorporarse al seno de la sociedad"[22].

23 En general, acerca de la problemática tratada se afirma que "para un importante sector de la doctrina, la individualización judicial de la pena no se relaciona con el sistema de la teoría del delito, sino, por el contrario, con las teorías de la pena". Desde este punto de vista, "se supone que la determinación de la medida de pena correspondiente a un hecho concreto habría de tener lugar recurriendo directamente a consideraciones de retribución, prevención general o prevención especial que se relacionan con el referido hecho". En dicha perspectiva, "a lo sumo, se admite que la valoración retrospectiva de los elementos del hecho concreto cometido se considere como un elemento más junto a aquellos otros". A mi juicio, como sostiene SILVA SÁNCHEZ, esta perspectiva teleológica se mueve "en el mejor de los casos, en un terreno impuro o mixto, que mezcla lo retrospectivo con lo prospectivo". Es decir, en esta perspectiva, "la determinación de la pena se explica como un ámbito en el que no inciden solo argumentos relativos al hecho delictivo realizado, vinculados a las reglas dogmáticas de imputación, sino también (y sobre todo) una argumentación asentada directamente en la teoría de los fines de la pena (esto es, en principios político-criminales generales)"[23].

24 Sin embargo, en el seno de esta *perspectiva teleológica* que siempre ha sido considerada para el análisis del tema de la determinación de la pena, es posible advertir una tendencia en la línea de un cambio del foco, respecto de la línea en que tradicionalmente se ha llevado a cabo el tratamiento de dicha problemática.

25 Si tradicionalmente siempre hubo una creencia en el rendimiento de la teoría de los fines de la pena para la cuestión de la determinación de su medida, esta idea ha cedido ante los impulsos en la dirección de una concepción que centra la atención en la vinculación de la medida de la pena a los presupuestos del hecho que legitiman su aplicación.

26 Es decir, hay una tendencia cada vez mayor, que pone en entredicho la adecuación de los modelos de determinación de la pena que, únicamente, se fundamentan en las finalidades esperadas de su conminación, imposición y ejecución.

(22) VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F., *Los criterios de determinación de la pena en el C. P. peruano de 1991. Op. Cit.*, p. 17.

(23) SILVA SÁNCHEZ, J., "La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático) un primer esbozo". *Op. Cit.*, p. 3.

El argumento es que la capacidad de las teorías de la pena para formular 27
aportes concretos en la determinación de la pena resulta, en principio, dudosa. Esto a causa de muchos factores, de los cuales se menciona la dificultad de hablar de fines de la pena ante la diversidad de sanciones y pluralidad de formas de su ejecución. Lo mismo se dice respecto a una misma clase de pena cuando uno constata que resulta cuestionable la posibilidad de atender simultáneamente fines contradictorios. Sobre los fines preventivos, se sostiene que existen óbices muy serios que dificultan la transformación de los fines de las teorías de la pena en un *quantum* determinado. Junto a ello, estarían las dificultades de brindar criterios que puedan ser verificables de alguna manera. Asimismo, con relación a la prevención especial, se cuestiona la posibilidad de que la pena actúe sobre el autor del delito cuando aquella no es aceptada por el sujeto a quien se aplica la pena. Además, se argumenta que el "principio del hecho y prevención especial resultan parcialmente incompatibles"[24].

Probablemente, además de los problemas de corte teórico a los que debe 28
enfrentarse un modelo que se estructura en una perspectiva estrictamente teleológica, el problema más grave de dicho modelo radica en el ámbito práctico, debido a los riesgos de manipulación de los fines de la pena por parte del órgano jurisdiccional (juez o tribunal), provenientes de las concepciones personales o de supuestos reclamos sociales de dudosa compatibilidad. Ello supondría una grave colisión con las líneas maestras del ordenamiento jurídico constitucional anteriormente expuestas.

Como consecuencia de estas y otras preocupaciones y con vistas a la "fina- 29
lidad de reducir el margen de arbitrariedad de las decisiones judiciales de individualización de la pena", el rumbo indicado consiste en someter el tema a un "proceso de sistematización dogmática". Desde esta perspectiva, "la determinación de la pena constituye, pues, la continuación cuantitativa de la teoría del delito"[25].

Esta tendencia o perspectiva es considerada como una aproximación a 30
la "teoría de la proporcionalidad con el hecho" (*Tatproportionalitätslehre*)". En esta perspectiva, "la teoría del delito se configurará como un sistema de reglas que permiten establecer con la mayor seguridad posible el *sí* o *no*" del merecimiento y necesidad de pena. "Y la teoría de la determinación de la pena como teoría de la concreción del contenido delictivo del hecho implicará, a la

(24) Ziffer, P., "Problemática de la individualización de la pena". *Op. Cit.*, p. 96.
(25) Silva Sánchez, J., "La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático) un primer esbozo". *Op. Cit.*, p. 8.

vez, el establecimiento del *quantum* de su merecimiento y necesidad (político-criminal) de pena"[26].

31 De forma simple y directa, "la teoría de la determinación de la pena debe manifestarse como la dimensión cuantitativa (o de grado) de un sistema de la teoría del delito", con vistas a su estructuración "como sistema dogmático". Acortando aún más, de lo que se trata es "de la sistematización de la teoría de la determinación de la pena sobre la teoría del delito"[27]. O, dicho de otro modo, "la orientación a la moderna teoría del delito vuelve a ser la clave de una teoría adecuada de la medición de la pena"[28].

32 Desde una perspectiva puramente práctica, "la determinación de la pena es, por encima de otras consideraciones, determinación del exacto contenido delictivo del hecho", "en virtud del cual se constata el concreto contenido de injusto, la culpabilidad y la punibilidad de un determinado hecho, traduciéndolo en una determinada medida de pena". Así, "los elementos constitutivos del injusto típico culpable y punible cumplen, pues, una función cualitativa y otra cuantitativa, en cuya virtud se determina el grado de su realización"[29].

33 En dicho modelo, "el método concreto a seguir para la construcción de estos casos tiene que orientarse al hallazgo de circunstancias del hecho que guarden similitud con la estructura de los elementos del tipo (que fundamentan o agravan el ilícito), cuando se trata de atribuirles un efecto agravatorio; y a circunstancias que guarden similitud con la estructura de las causas de justificación o de disculpa, cuando se trata de atribuirles efecto atenuante"[30].

34 Ante el riesgo de que una tendencia retrospectiva –por referencia al hecho, bajo los criterios de la teoría del delito– pueda ser confundida "con una fundamentación exclusivamente retributiva del Derecho penal", se argumenta que "los postulados político-criminales deben llegar al juez en la forma de enunciados dogmáticos y estos, en la individualización de la pena, no pueden ser sustancialmente distintos de los enunciados de la teoría del delito"[31].

(26) Ibídem, p. 6.
(27) Ibídem, pp. 2 y 9. Como refuerzo (p. 5): "la teoría de la determinación de la pena debe manifestarse, ante todo, como la dimensión cuantitativa (o de grado) de un sistema de la teoría del delito".
(28) Hörnle, T., *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania. Op. Cit.*, p. 68.
(29) Silva Sánchez, J., "La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático) un primer esbozo". *Op. Cit.*, p. 5 y n. 11.
(30) Ziffer, P., "Problemática de la individualización de la pena". *Op. Cit.*, p. 110.
(31) Silva Sánchez, J., "La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático) un primer esbozo". *Op. Cit.*, p. 8.

Aclaradas las dos tendencias, es posible decir que, además de otras cues- 35
tiones epistemológicas, el centro de gravedad de la determinación de la pena, en especial en la actualidad, se refiere a una distinción de dos posturas: i) una visión prospectiva, de corte más tradicional, debido a la referencia a las consecuencias *que se puede esperar* (normativo y no empírico) de la intervención penal en un hecho concreto; ii) una visión retrospectiva, debido a la referencia especial al hecho y a la teoría jurídica del delito desarrollada para su análisis, además de los planteamientos que adoptan un punto de mira ecléctico.

Del balance hecho a las dos tendencias, hay un planteamiento que sos- 36
tiene dos cuestiones importantes: por un lado, que las tendencias prospectivas de cuño teleológico parecen "apelar a una teoría de la individualización de la pena a partir de los principios de legitimación del Derecho penal". Por otro lado, las tendencias retrospectivas –por basarse en el hecho cometido– apuntarían, por el contrario, "a una determinación de la pena basada en reglas dogmáticas". A eso se añade, en aclaración: "Claro que una teoría dogmática, si es teleológica, dará cuenta de aquellos principios, pero los concretará, los desnormativizará y posibilitará su aplicación más segura y fiable"(32).

Establecidas esas premisas básicas, es posible avanzar en el análisis de los 37
preceptos fundamentales de la determinación de la pena en el ordenamiento jurídico peruano.

En el ordenamiento jurídico peruano, el marco legal sobre la determina- 38
ción de la pena en la legislación infraconstitucional ha sido originariamente el Código Penal de 1924, que ha sido reformado con la promulgación del Código Penal de 1991, que, a su vez, ha merecido cambios en esta materia con la promulgación de la Ley N° 30076, de 19 de agosto del 2013, indicada como "consecuencia legislativa del replanteo de estrategias jurídicas contra la inseguridad ciudadana"(33).

Como resultado de un largo proceso de reformas legislativas, a partir de la 39
Ley N° 30076, del 19 de agosto de 2013, ha sido adoptado en el CP peruano un muy bien elaborado modelo sistemático de determinación de la pena.

Confrontado con las dos tendencias que han sido informadas arriba, es 40
posible un entendimiento en el sentido de que la imagen global del modelo de determinación de la pena del ordenamiento jurídico peruano, en especial en

(32) Ibídem, p. 7, n. 19.
(33) Prado Saldarriaga, V., *La determinación judicial de la pena en la Ley 30076*. *Op. Cit.*, pp. 12-13.

su conformación después de la Ley 30076, del 19 de agosto de 2013, se acerca más a la mencionada *perspectiva retrospectiva*, por referencia especial al hecho y a la teoría jurídica del delito. A esto conduce, además de otros argumentos, el silencio cuasi absoluto en cuanto a razones asociadas a finalidades de la sanción penal en general en el modelo de determinación de la pena legalmente previsto. Aún más, este entendimiento se refuerza por la intensa carga depositada en algunas categorías dogmáticas de la teoría jurídica del delito en este modelo, en particular las categorías del injusto y de la culpabilidad.

41 Sin embargo, también se puede ver en entre líneas la presencia de consideraciones político-criminales de naturaleza preventiva esperadas de la sanción penal.

42 Así, aunque se haga un esfuerzo hercúleo, no se revela adecuado rechazar de pronto el reconocimiento de fines preventivos en la determinación de la pena también en el ordenamiento jurídico peruano. A este rechazo integral reprueba los términos explícitos de los "principios generales", contenidos en el "Título Preliminar", que encabeza toda la trama legislativa del Código Penal. Desde luego, el propio artículo I CP peruano no permite este rechazo integral, pues reconoce una "finalidad preventiva" en general, ya que establece explícitamente que dicho Código "tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad". Por supuesto, queda muy evidente que la finalidad de prevención de delitos debe ser buscada como un instrumento de protección de la persona, el que presupone la referencia a la culpabilidad, pero con vistas a la prevención de delitos, como forma de protección de la sociedad. Además, de forma más explícita, el artículo IX del mismo título establece que "la pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora", con clara referencia a fines también de prevención especial, quedando por tierra cualquier intento de rechazar, sin más y en carácter genérico, el reconocimiento de fines preventivos en la determinación de la pena.

43 Esta conclusión ha merecido un considerable refuerzo en la elaboración de la ya mencionada Ley N° 30076, del 19 de agosto de 2013, en razón del reconocimiento de que la finalidad político-criminal que ha inspirado su dación ha sido "combatir la inseguridad ciudadana"[34], cuyo sentido preventivo no se puede contestar válidamente.

(34) Ibídem, p. 23.

II. Deber de fundamentación (Art. 45)

Al nivel infraconstitucional, la base del programa de determinación de la pena en el ordenamiento jurídico peruano puede ser identificada en el artículos 45 y siguientes del CP 44

"**Artículo 45. Presupuestos para fundamentar y determinar la pena** 45

El juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, tiene en cuenta: 46

a. Las carencias sociales que hubiese sufrido el agente o el abuso de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o la función que ocupe en la sociedad. 47

b. Su cultura y sus costumbres. 48

c. Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependan, así como la afectación de sus derechos y considerando especialmente su situación de vulnerabilidad". 49

A la vista de lo mencionado en el texto del artículo 45 CP peruano, queda claro que el legislador ha inaugurado el programa de determinación de la pena estableciendo un deber de fundamentación a los órganos jurisdiccionales, el que permite reconocer la importancia que le ha sido atribuida. 50

Justamente, en razón de la ya mencionada aproximación al que en cada ordenamiento jurídico sea considerado como los fines que debe perseguir la pena criminal, descendiendo un poco más en dirección a una mayor concretización, es de singular importancia que el órgano jurisdiccional indique, de la forma más clara posible, las razones político-criminales que ha considerado al realizar la determinación de la pena. 51

Así, cualquiera que sea el modelo de determinación de la pena, es *imprescindible* que tanto en su totalidad, pero en especial en cada fase de esta intricada operación, se haga la demostración del razonamiento, *también* político criminal, adoptado, como única forma de informar las razones (motivos) que han sido elegidas por el órgano jurisdiccional. Resulta esto "de la necesidad de dotar de racionalidad a una parcela del ordenamiento, tradicionalmente librada a la arbitrariedad y que ha generado muchos abusos"[35]. 52

(35) Caro Coria, D., "Notas sobre la individualización judicial de la pena en el Código Penal peruano". *Op. Cit.*, p. 3; Schünemann, B., "Prólogo". *Op. Cit.*, p. 17; Ziffer, P., "Problemática de la individualización de la pena". *Op. Cit.*, p. 104.

53 Es así, en virtud de que es justo en este momento donde juegan con más fuerza las consideraciones político-criminales, que en cada ordenamiento jurídico –por supuesto, que se guíe por una perspectiva racional en este tema– son tenidas por relevantes las consideraciones político-criminales democráticas para justificar la intervención penal. Es decir, de forma todavía más acentuada que en otros momentos de la dinámica jurídico-penal, es en el momento de la determinación de la pena que se establece un diálogo más efectivo entre las justificaciones político-criminales y la dogmática penal concreta. Es en especial en este momento que el órgano jurisdiccional encargado de aplicar el Derecho penal debe dar cuentas de las razones por las cuales ha hecho sus opciones en términos de castigo (consecuencia jurídica del delito y su medida).

54 Certera, pues, es la afirmación en el sentido de que "no puede dudarse de que el juez hace política criminal; de modo especial en la individualización de la pena, donde, en principio, dispone de más libertad", con el añadido de que "también la lleva a cabo en la determinación de los hechos y en la imputación del delito". Sin embargo, también con gran precisión, pronto ha sido advertido que "debería huirse de la tentación de pensar que esta ha de ser una política criminal directa, esto es, en la que se considerarán de modo inmediato los fines del Derecho penal". Proyectada la advertencia en el tema de la determinación de la pena, se sigue que, "precisamente en un contexto así, para evitar el intuicionismo, el puro decisionismo o, sin más, la arbitrariedad, es preciso que esa política criminal se canalice por vías dogmáticas. Esto es, que, en la medida de lo posible se traduzca en reglas y no se quede en el plano de los principios". De esto resulta la conclusión enfática en el sentido de que "la única política criminal que debe realizar el juez es la que discurre por el cauce de las categorías dogmáticas"(36). Si trata de que una conclusión preñe de importantísimas consecuencias a las cuales aún no se ha dado la debida atención(37).

55 La demostración de los fundamentos en la decisión es así la vía imprescindible para que se pueda, con seguridad, transitar las razones político-criminales por el cauce de las categorías dogmáticas.

56 En el ordenamiento jurídico peruano, en la vigencia de la anterior redacción del artículo 45 CP de 1991, ya se afirmaba que la "fundamentación de la pena" es el "proceso mediante el cual el juez o fallador indica cuál es el cimiento,

(36) Silva Sánchez, J., "La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático) un primer esbozo". *Op. Cit.*, pp. 4-5 y n. 5.

(37) Para una aproximación, a trazos largos, en especial en cuanto al primero de los momentos: Fernandes, F., *O processo penal como instrumento de política criminal. Op. Cit.*

razón de ser, o principio, sobre el cual edifica la tasación de la sanción o sanciones a imponer, o sea, los argumentos jurídicos fundamentados en criterios racionales que sustentan su decisión". Asimismo, se argumentaba que "la disposición reafirma la exigencia constitucional según la cual se deben cimentar adecuadamente las resoluciones judiciales", con vista a evitar "tasaciones de la pena" que contrariarían la Constitución, "en cuanto consagra como modelo de convivencia comunitaria el perteneciente a un Estado Social y Democrático de Derecho, fundado en la dignidad de la persona humana (Cfr. artículos 1 y 43 de la Const.)". "Así las cosas, pues, por perentorias disposiciones de orden constitucional y legal, el juez peruano está obligado a exponer las circunstancias que son decisivas en el proceso de determinación de la pena, sea que se le entienda en un sentido estricto o en uno amplio"(38).

57 Con relación al vigente CP peruano, al tratar de la individualización de la pena el artículo 45-A CP peruano establece, sin márgenes para dudas y considerado como "un acierto"(39), que "toda condena contiene fundamentación explícita y suficiente sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena". Esto no es más que una concretización de lo que establece el artículo 139, numeral 5, de la Constitución peruana, al disponer que "son principios y derechos de la función jurisdiccional (...) 5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan"(40).

58 En las hipótesis en que son conminados dos o más tipos de pena para un mismo delito, el órgano jurisdiccional *debe* justificar en términos político-criminales las distintas penas conjuntas impuestas o la razón de la elección en el caso de penas alternativas, con la información fundamentada en la decisión de los motivos (de nuevo, político-criminales) que ha considerado.

(38) Velásquez Velásquez, F., *Los criterios de determinación de la pena en el C. P. peruano de 1991. Op. Cit.*, p. 8; Prado Saldarriaga, V., "Las consecuencias jurídicas del delito en el anteproyecto de reforma del Código Penal 2009". En: Hurtado Pozo, J. (director), *Anuario de Derecho Penal 2009. La reforma del Derecho penal y del Derecho procesal penal en el Perú*, p. 134; Páucar Chappa, M., "Nuevas reglas de determinación de la pena: 'el sistema de tercios'". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal* T. 51, p. 33.

(39) Oré Sosa, E., "Determinación judicial de la pena, reincidencia y habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la Ley N° 30076". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal* T. 51, p. 5.

(40) Caro Coria, D., "Notas sobre la individualización judicial de la pena en el Código Penal peruano". *Op. Cit.*, pp. 1-2.

59 Esto puede ser asociado a la idea de que lo esperado de la determinación de la pena es la "aplicación de penas legales, justas, predecibles y justificadas"(41).

60 De los mencionados objetivos, la existencia de un esquema operativo con reglas claras resulta esencial para atender a la necesaria *legalidad* y *previsibilidad* de la determinación de la pena. Se trata de una de las dimensiones del principio de la legalidad, con base en la Constitución, que "se conoce como de intervención legalizada, pues toca de lleno con la injerencia del Estado en el ámbito punitivo, la cual limita y controla con miras a garantizar la seguridad jurídica y lograr los cometidos del Derecho penal mismo"(42).

61 Sin embargo, esto resulta insuficiente, quedando en el mero plano formal, si no se intenta también atender a los objetivos de la pena *justa* y, en especial, *justificada*, de lo que es presupuesto una fundamentación que informe el razonamiento político-criminal que ha sido considerado en la determinación de la pena. Es decir, en el juicio de determinación de la pena, aunque sea de gran importancia, el simple recurso a principios generales, como los de la *proporcionalidad* y de la pena *justa,* sin el necesario contenido, puede dar pie a fundamentaciones meramente nominales. Esta vinculación a principios debe ser convertida en argumentos adecuados en términos político criminales, y estos en cauces dogmáticos con base en la teoría del delito, de modo que posibilite una fundamentación coherente y fiscalizable, con la evitación de vagas invocaciones a principios. Así, en la determinación de la pena, el órgano jurisdiccional sigue vinculado a aclarar las razones que han sido adoptadas en el análisis del caso y que han conducido a la determinación de la pena.

62 Por lo tanto, de lo que se trata es de intentar identificar el alma que se puede reconocer en el interior del hermoso cuerpo del modelo sistemático de determinación de la pena en el ordenamiento jurídico peruano, para que se fije una *materialmente* justa, pero también que posibilite al órgano jurisdiccional dar cuenta de los motivos que han sido considerados en esta actividad(43).

(41) Prado Saldarriaga, V., *La determinación judicial de la pena en la Ley 30076. Op. Cit.*, p. 12.

(42) Velásquez Velásquez, F., *Los criterios de determinación de la pena en el C. P. peruano de 1991. Op. Cit.*, p. 14.

(43) Pronto debe ser aclarado que para el mencionado fin han sido elegidos planteamientos sobre el tema desarrollados en algunos ordenamientos jurídicos de entorno cultural próximo, en especial el ordenamiento jurídico alemán. Sin embargo, en atención al que ha sido aclarado más arriba, en el sentido de ser este un ámbito muy propio de cada orden jurídico particular, esto en nada implica desconsiderar los importantes aportes sobre el tema en la perspectiva de la ciencia jurídico-criminal peruana, justificada la estrategia de referencia a otros ordenamientos solamente por el interés de ofrecer un adecuado contrapunto que sirva para ulteriores desarrollos. Además, la mencionada estrategia no desconoce las diferenciaciones existentes en los modelos sistemáticos de determina-

III. Determinación de la pena (Art. 45)

Junto al deber de fundamentación ya explicado, en el artículo 45 CP peruano el legislador ha encargado al órgano jurisdiccional el deber de determinar la pena, suscitando la necesidad de aclarar el sentido de la previsión de esta actividad. 63

Desde luego, es necesario advertir una diferenciación muy común que se hace en el tema de la determinación de la pena. Se trata de la distinción entre, por un lado, la *determinación de la pena en sentido estricto* –que está relacionada tanto a la elección de la especie como a la medida de la pena– y, por otro lado, la *determinación de la pena en sentido amplio* –que está vinculada a otras decisiones en este procedimiento (por ejemplo, régimen de cumplimiento de la pena privativa de libertad, posibilidad de suspensión condicionada de la pena, además de otros)[44]– con las eventuales distinciones en torno al razonamiento político-criminal en cada una. 64

Sin embargo, del consenso en torno a esta distinción, cabe precisar que queda "por comprobar si las circunstancias relativas al modo de cumplimiento y demás consecuencias de la pena pueden separarse tan estrictamente de la individualización de la pena, o si se trata, más bien, de los distintos pasos de un mismo proceso". A esto se añade que la opción por uno u otro concepto proyecta importantes consecuencias en cuanto al método elegido, de cara a una armonización de los fines de la pena[45]. 65

Acerca de esto hay que considerar que el legislador peruano ha hecho una distinción a nivel sistemático. En tal sentido, en el artículo 45 ha establecido los "presupuestos para fundamentar y determinar la pena", mientras que en el artículo 45-A ha establecido la "individualización de la pena". 66

A continuación, se analiza si hay una razón que explica la distinción adoptada en los dos artículos. 67

Con relación al modelo anterior del CP peruano de 1991 –que no ha cambiado en lo particular en términos de contenido– ya se ha afirmado que "el texto legal presenta al intérprete dos posibles previsiones distintas". Así, 68

---

ción de la pena en cada ordenamiento jurídico; justo por eso el análisis se refiere más a cuestiones de fondo (contenido político-criminal) que de forma (sistema dogmático).

(44) Caro Coria, D., "Notas sobre la individualización judicial de la pena en el Código Penal peruano". *Op. Cit.*, p. 3; Magariños, M., "Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena". *Op. Cit.*, p. 73.

(45) Ziffer, P., "Problemática de la individualización de la pena". *Op. Cit.*, p. 91.

se reconocía una distinción entre, por un lado, los términos "fundamentar y determinar la pena" utilizados por el legislador en el entonces –y actual– artículo 45 CP peruano y, por el otro, la "noción estricta" de "determinación de la pena 'dentro de los límites fijados por la ley', que está consagrada en el entonces vigente artículo 46" –contenida en el actual artículo 45-A, bajo la denominación "individualización de la pena"–(46).

69 En torno a este modelo se ha afirmado que "la norma consigna dos conceptos diferentes". Acerca de la "determinación de la pena", en los términos del entonces artículo 45 –actual artículo 45– se ha sostenido que se trataba de "aquella tarea comprensiva de todas las cuestiones relativas a la imposición y ejecución de la sanción penal –como las atinentes a los fenómenos de la condena condicional, la reserva del fallo condenatorio, la conversión de la pena privativa de libertad no mayor de dos años en pena de multa, o la conversión de la pena de multa no pagada en pena privativa de libertad, y, por supuesto, la fijación de plazos para el pago de la multa, etc.–. Es decir, se parte de una noción amplia de tal figura", que es distinta de "la noción estricta utilizada por el artículo 46 –actual artículo 45-A–, al tenor de la cual se entiende por determinación de la pena la operación mental mediante la cual el juez, una vez examinadas las diversas categorías del hecho punible, fija, precisa y señala cuáles son las sanciones imponibles al trasgresor de la ley penal; esto es, la determinación de la pena dentro del marco punitivo, acorde con la culpabilidad por el hecho"(47).

70 Desde esta perspectiva, resulta claro que la determinación de la pena en términos del entonces artículo 45 era considerada como relacionada a la determinación de la pena en sentido amplio. Por su parte, la individualización de la pena en los términos del anterior artículo 46 era considerada como relacionada a la determinación de la pena en sentido estricto.

71 En el fondo, esta distinción mantiene estrechos vínculos con los planteamientos inherentes a las ya mencionadas dos tendencias sobre la determinación de la pena. Además, se relaciona también con aquellos entendimientos que sostienen la necesidad de una censura del juicio de determinación de la pena. Según estos entendimientos, en la primera etapa del juicio deben ser objeto de análisis "todos los presupuestos del delito, es decir, todos los elementos necesarios para fundamentar o no al imputado una acción punible, y que culmine,

(46) VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F., *Los criterios de determinación de la pena en el C. P. peruano de 1991. Op. Cit.*, p. 7.
(47) Ibídem, p. 8.

en caso de condena, con la imposición de la pena máxima acorde con la función limitativa de la culpabilidad por el ilícito cometido"; por su parte, en la segunda etapa "se debatirá y decidirá si, por razones de prevención especial, es posible aplicar una pena menor o, si, la ley lo prevé, no aplicar pena alguna, o bien sustituir la pena privativa de la libertad por alguna alternativa". Sin perjuicio de profundizaciones posteriores, cabe aclarar que la razón que fundamenta esta propuesta consiste, en primer lugar, en el entendimiento de que, en la determinación de la pena, deben ser considerados los fines de prevención especial en favor del sentenciado. Después, teniendo en cuenta que, en el análisis de estos fines, deben ser considerados los ámbitos más íntimos de la personalidad del individuo y frente al "riesgo que ello implica para los derechos derivados de la personalidad y dignidad humana del imputado", se propone la censura del juicio, quedando la realización de la segunda etapa como una facultad para él (el sentenciado)[48].

72 Aún en relación con la redacción anterior, la mencionada sistematización en el CP peruano se sostenía, además, en la proposición en el sentido de que "podría pensarse que la fundamentación indicada en el artículo 45 no se refiere a la cuantificación de la pena (regulada en el Art. 46), sino, más bien, a su selección a otro nivel: preferir la pena de prestación de servicios a la comunidad o la de multa a la privativa de la libertad; o la de decidir si conviene suspender la ejecución de la pena o convertirla en otra. Si este fuere el objetivo del artículo 45, ello resultaría superfluo, porque el legislador ha previsto las condiciones que el juez debe constatar para optar por una de estas alternativas"[49], es decir, como determinación de la pena en sentido amplio.

73 Desde un distinto punto de vista, se sostiene que los alcances del artículo 45 CP peruano no deben limitarse a servir de fundamento general –preventivo especial– de medidas alternativas como la suspensión de la ejecución de la pena, la reserva del fallo condenatorio, las conversiones o la exención de pena; medidas que, por cierto, tienen un desarrollo normativo propio que permite evidenciar suficientemente su orientación preventivo-especial. Por lo demás, solo la ampliación de criterios trascendentales del artículo 45, como el de la coculpabilidad social (N° 1) al ámbito de la individualización judicial de la pena en sentido estricto, permitirá superar la reducción de tales criterios a los

(48) MAGARIÑOS, M., "Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena". *Op. Cit.*, p. 82 ss.

(49) HURTADO POZO, J., "Responsabilidad y culpabilidad: reflexiones sobre la dogmática penal". En: HURTADO POZO, J. (director), *Anuario Derecho Penal 93: Asociación Peruana de Derecho Penal*, pp. 54-57; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F., *Los criterios de determinación de la pena en el C. P. peruano de 1991. Op. Cit.*, p. 23, n. 23.

casos de criminalidad menos grave, la única en la que es posible la aplicación de medidas alternativas[50].

74 Después de las modificaciones introducidas por la Ley N° 30076, del 19 de agosto de 2013, por referencia a los principios de culpabilidad, proporcionalidad y necesidad, se ha sostenido que los criterios previstos en los tres numerales del artículo 45 "siguen surtiendo sus efectos tanto para la individualización de la pena dentro de la parte correspondiente (tercio inferior, tercio superior o tercio intermedio), como para determinar la aplicación de un sustitutivo (conversiones) o una medida alternativa (suspensión de la ejecución de la pena, reserva del fallo condenatorio, etc.)"[51]. Es decir, se ha sostenido una aplicación de los numerales del artículo 45 CP peruano en la determinación de la pena tanto en sentido amplio como en sentido estricto.

75 Por lo tanto, hay una divergencia con relación a si el artículo 45 CP peruano solo se refiere a la determinación de la pena en sentido amplio o también a la determinación de la pena en sentido estricto. La importancia de esta cuestión consiste en la necesidad de aclaración respecto de si los criterios previstos en las tres líneas del artículo 45 deben ser considerados solamente para la determinación de la pena en sentido amplio o también para la determinación de la pena en sentido estricto.

76 Un análisis de los criterios de determinación de la pena previstos en el artículo 45 CP peruano tal vez pueda ayudar al intérprete en cuanto al alcance de esta normativa.

IV. Criterios para fundamentar y determinar la pena (Art. 45)

77 Por lo tanto, una especial atención merecen los criterios que el legislador ha establecido en el artículo 45 CP peruano para la fundamentación y determinación de la pena, teniendo en cuenta que son los indicadores que el órgano jurisdiccional (juez o tribunal) hay que considerar en el razonamiento político-criminal en esta actividad.

78 Esto se justifica respecto a la ponderación hecha con relación a los términos –con pocas alteraciones– utilizados en la redacción anterior del artículo 45 CP, en el sentido de que "van obligar a realizar una serie de piruetas de

(50) Caro Coria, D., "Notas sobre la individualización judicial de la pena en el Código Penal peruano". *Op. Cit.*, p. 12.

(51) Oré Sosa, E., "Determinación judicial de la pena, reincidencia y habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la Ley N° 30076". *Op. Cit.*, p. 5.

interpretación para dar un sentido y hacer posible su aplicación", incluso acerca de su relación con algunas de las "declaraciones formuladas en los artículos VII y VIII del Título Preliminar (del Código Penal): 'la pena requiere de la responsabilidad penal del autor' y 'la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho'"(52).

79 i) En el literal a) del artículo 45 CP peruano han sido previstas como criterio para fundamentar y determinar la pena "las carencias sociales que hubiese sufrido el agente o el abuso de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o la función que ocupe en la sociedad".

80 En lo que respecta a la expresión "las carencias sociales que hubiese sufrido el agente", prevista como criterio en la primera parte del literal a) del artículo 45 vigente, hay que precisar que el uso de la misma expresión en la redacción del anterior artículo 45 ha sido asociado a la corresponsabilidad de la sociedad en la comisión del delito; por ende, estas deberían ser consideradas para cargar a la sociedad y descargar al autor del delito, reflejando en el sentido de disminuir el grado de lo injusto de su conducta. Desde esta perspectiva, se parte, pues, de la idea de que las carencias sociales que ha sufrido el agente pueden reducir el grado del injusto de su conducta influyendo, para menor, en la determinación de la pena(53).

81 Es decir, el ya mencionado vínculo entre la pena criminal y una sociedad concreta es el que sirve de sostenimiento a la necesidad de considerar "una corresponsabilità della società" en la determinación de la pena. Se parte de la idea de que "se la società è in cerca di un capro espiatorio e pretende una pena per rafforzare la validità delle norme statali, allora possiamo rispondere che in alcuni casi la società stessa ha contribuito alla violazione delle norme"(54). Como fundamento de lo dicho es posible invocar también la idea de "la posición o estado de vulnerabilidad" del sentenciado, debido a su pertenencia a un determinado contexto social, que, conforme las exigencias del ordenamiento jurídico, influye en la determinación del individuo y, por lo tanto, influye en la fundamentación y gradación de la culpabilidad(55).

(52) HURTADO POZO, J., "Responsabilidad y culpabilidad: reflexiones sobre la dogmática penal". *Op. Cit.*, pp. 54-57; Apud: VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F., *Los criterios de determinación de la pena en el C. P. peruano de 1991. Op. Cit.*, p. 23, n. 23.

(53) VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F., *Los criterios de determinación de la pena en el C. P. peruano de 1991. Op. Cit.*, p. 8.

(54) VOLK, K., *Introduzione al diritto penale tedesco. Parte generale*, p. 28.

(55) MAGARIÑOS, M., "Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena". *Op. Cit.*, pp. 85-86.

82 En torno a su proyección, el texto anterior del artículo 45 CP peruano ha sido comprendido en el sentido de que no se trataba de "fundamentar la pena" en "las carencias sociales que hubiere sufrido el agente", pero sí de lo que debería tratar. Por "ser factible a nivel de la ejecución de la pena", era de "'suplir las carencias sociales que hubiese sufrido el condenado'", con proyección en la determinación de la pena en sentido amplio(56).

83 En síntesis, en torno a la reglamentación anterior se puede decir que "las carencias sociales que hubiere sufrido el agente" deberían ser consideradas como criterio para rebajar el grado del injusto de la conducta y reflejar dicha valoración en la determinación de la pena en sentido amplio; es decir, en las demás decisiones distintas de la elección de la pena y fijación de su medida dentro de los límites fijados por ley.

84 Hay que recordar que en la determinación de la pena, al lado de la culpabilidad, se valora el injusto del autor del delito. Esto implica que si se puede considerar que las condiciones sociales del autor influyen en la realización del delito, entonces estas deben ser tomadas en cuenta en la fundamentación del el injusto penal y, por ende, en el reproche a nivel de la culpabilidad y, en consecuencia, en la determinación de la pena.

85 En el texto del actual literal a) del artículo 45 CP peruano han sido añadidos como criterios para fundamentar y determinar la pena el "abuso del cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o la función que ocupa el condenado en la sociedad".

86 En líneas generales, se ha planteado que "las situaciones de 'abuso' de cargo, posición economía (sic), formación, poder, oficio, profesión o función que ocupa en la sociedad pueden incrementar el desvalor de la conducta o la culpabilidad del autor, incidiendo –de este modo– en la cuantificación de la pena (agravarla)"(57).

87 En torno a la profesión, el ordenamiento jurídico alemán establece que la profesión del delincuente es solamente relevante si esta tiene una 'genuina relación con el delito'"(58).

(56) HURTADO POZO, J., "Responsabilidad y culpabilidad: reflexiones sobre la dogmática penal". *Op. Cit.*, pp. 54-57, Apud: VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F., *Los criterios de determinación de la pena en el C. P. peruano de 1991. Op. Cit.*, p. 23, n. 23.

(57) HUAMÁN ÁVILA, D., "Determinación judicial y legal de la pena en el nuevo Código Procesal Penal". En: *Trabajo de suficiencia profesional para optar el título profesional de abogado*, pp. 47-48.

(58) HÖRNLE, T., *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania. Op. Cit.*, p. 112.

Dicho esto, cabe recordar que el criterio de "la función que ocupa el sentenciado en la sociedad" establecido en el texto actual del artículo 45 ha sido formulado en otros términos en el Anteproyecto de reforma del CP peruano de 2009, pues se ha proyectado en la siguiente fórmula: "la posición preeminente que ocupe el autor del delito en la sociedad". Sobre el mencionado proyecto del artículo 45 se ha sostenido que "la aludida innovación pretende que el juez también tenga en cuenta para su decisión punitiva la situación del poderoso que delinque usufructuando su posición de privilegio"(59). Queda claro, por tanto, que la interpretación dada a los términos del Anteproyecto se refiere al injusto y como criterio a ser considerado para cargar la responsabilidad del autor del delito. 88

Desde este punto de vista, que considera que los mencionados criterios que han sido añadidos en el primer inciso del artículo 45 "pueden incrementar el desvalor de la conducta o en la culpabilidad del autor, incidiendo, de este modo, en la cuantificación de la pena (agravarla)" –en lo cual coincide con el entendimiento anterior–, mantiene la tesis de que dichos criterios deberían ser regulados "como una circunstancia agravante en el Art: 46", debido a que, en la forma que se encuentra regulado, se hace necesaria "la cláusula de excepción que busca evitar la doble valoración o *bis in idem*". A ello se debe agregar que el legislador ha valorado "estos supuestos en la agravante del artículo 46 inc. 2 h)"(60). 89

Además, la posible afirmación de que se trata de criterios que pueden incrementar el desvalor de la conducta o la culpabilidad del autor debe ser confrontada con la cuestión del marco posicional en el cual deben ser considerados. Es decir, son criterios previstos en el vigente artículo 45 CP peruano; criterios que en la redacción anterior del literal a) –en el cual han sido añadidos– ha sido precisado que se trata de la determinación de la pena en sentido amplio; lo cual es muy distinto del anterior artículo 46 –actual artículo 45-A– que es inherente a la determinación de la pena "dentro de los límites fijados por la ley", lo cual se ha relacionado a la determinación de la pena en sentido estricto. Así, si se sigue esta interpretación, hay que admitir que, siendo criterios relacionados al desvalor de la conducta o a la culpabilidad, estos también deben ser considerados en la determinación de la pena en sentido amplio. 90

(59) Prado Saldarriaga, V., "Las consecuencias jurídicas del delito en el anteproyecto de reforma del Código Penal 2009". *Op. Cit.*, p. 134.

(60) Oré Sosa, E., "Determinación judicial de la pena, reincidencia y habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la Ley N° 30076". *Op. Cit.*, p. 5.

91 Respecto a las mencionadas interpretaciones del conjunto de los criterios mencionados en el literal a) del artículo 45 CP peruano, debe hacerse una distinción, al menos aparente. A saber, se ha sostenido que el criterio de "las carencias sociales que hubiese sufrido el agente" debe incidir a favor del autor del delito, con influencia directa en las decisiones relativas a la determinación de la pena en sentido amplio. Los demás criterios que han sido añadidos por el artículo 1 de la Ley N° 30076, de 2013, referidos al desvalor de la conducta o a la culpabilidad –como ya se ha sostenido– revelan más un sentido de influenciar de modo desfavorable en la responsabilidad del autor del delito, con posibilidades de agravación de la pena.

92 De esto derivan cuestiones que deben ser confrontadas a efectos de guiar la actuación del órgano jurisdiccional. En primer lugar, respecto al contenido, hay que destacar que en un mismo literal son previstos tanto criterios que agravan como criterios que atenúan la responsabilidad penal del autor del delito. En segundo lugar, además de precisiones expuestas, los criterios establecidos se refieren tanto al injusto como a la culpabilidad. Y, en tercer lugar, es necesario identificar el marco posicional más adecuado de incidencia de estos criterios en la determinación de la pena en sentido amplio, como también en la determinación de la pena en sentido estricto o en ambas.

93 ii) El segundo criterio, previsto en el inciso b) del artículo 45 CP peruano vigente, se refiere a la necesidad del órgano jurisdiccional de tener en cuenta la cultura y las costumbres del autor del delito.

94 Con relación a dicha previsión (contenida en el numeral 2 del anterior artículo 45 CP peruano), que contemplaba la consideración de la cultura y las costumbres del autor del delito, se sostuvo, con énfasis, que se trata de un criterio que "alude al grado de culpabilidad que se imputa al autor, en virtud a que su formación cultural y el refinamiento o no de sus costumbres, demuestran un mayor o menor grado de reprochabilidad o de exigibilidad"[61].

95 En torno al mantenimiento (inc. b del vigente Art. 45 CP peruano) de la consideración de la cultura y las costumbres del sujeto activo para determinar la pena, se debe precisar lo siguiente. En primer lugar, cabe indicar que, según la interpretación del texto anterior, el criterio debe ser considerado para evaluar la culpabilidad del agente. En segundo lugar, se debe puntualizar que, en la misma línea interpretativa dada al mismo texto anterior, el criterio sirve tanto para agravar como para disminuir la culpabilidad del autor del delito,

(61) Ibídem, p. 8.

por ende, para aplicarlo en contra o a favor del sentenciado en la determinación de la pena.

Todavía queda por dilucidar los anteriores numerales 1 y 2 del entonces artículo 45 CP peruano, en el sentido de que "parece indiscutible que los dos primeros criterios que se refieren a la personalidad del agente estén orientados a enfatizar en las carencias sociales, la cultura y las costumbres de este, también tienen en cuenta necesidades preventivo-especiales de cara a la resocialización del reo (prevención especial positiva) que operan en la medición de la pena en un sentido amplio", en la cual "se requieren consideraciones que están directamente vinculadas con dicha finalidad de la pena. Así las cosas, cuando se piensa en la determinación de la pena en sentido amplio, deben tenerse en cuenta no solo los fines retributivos, sino los preventivo especiales (positivos)"[62]. 96

Por último, se mantiene la duda sobre si el artículo 45 CP peruano proyecta sus efectos tanto en la determinación de la pena en sentido amplio, como en la determinación de la pena en sentido estricto o en ambas. 97

iii) Una particular atención merece lo estipulado en el inciso c del artículo 45 CP peruano, en la medida que, a efectos de fundamentar y determinar la pena, toma en consideración "los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependan, así como la afectación de sus derechos y considerando especialmente su situación de vulnerabilidad". 98

Antes de analizar *in stricto* la forma como la valoración de la situación de la víctima ha sido considerada por el ordenamiento jurídico peruano en la determinación de la pena, es necesario hacer un análisis sobre a la forma general en que está desarrollado el tema. 99

Desde luego, es posible reconocer que también la cuestión de la situación de la víctima puede ser reconducida a la ya mencionada distinción entre valoración retrospectiva y prospectiva de la determinación de la pena. 100

En tal sentido, una tesis que puede plantearse sobre la posición de la víctima en la determinación de la pena es que el grado de afectación de sus intereses debe tenerse en cuenta para determinar el *quantum* de la pena. Es evidente que dicho planteamiento se basa en una perspectiva decididamente retrospectiva, porque el análisis se hace más en referencia al hecho en sí mismo; he ahí 101

(62) VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F., *Los criterios de determinación de la pena en el C. P. peruano de 1991. Op. Cit.*, p. 9.

la relevancia de determinar el *quantum* de pena conforme al grado de afección de los intereses de la víctima.

102 Parece correcta la intuición de que esto deriva de la idea de una polarización en torno a la perspectiva que debe ser tenida en cuenta en la decisión judicial llevada a cabo en un proceso de sentenciar, por ejemplo, "el impacto de un delito sobre los asuntos de una víctima, o el impacto sobre los intereses de una entidad colectiva"; esta última delineada modernamente como un "daño al orden social o legal"(63), o, simplemente, como dañosidad social.

103 Acerca de la mencionada polarización, una de las posiciones –según parece acorde con el que se sigue– sostiene la tesis de que "una importante función de la condena se relaciona con su mensaje para la víctima". Desde esta perspectiva, se entiende que "la desaprobación formal encarnada en la imposición de un tratamiento severo (condena) confirma que la víctima fue agraviada por medio del hecho en cuestión". En esta medida, "la condena contiene un juicio sobre la extensión de los derechos de la víctima y sobre la demarcación entre su esfera y la del delincuente". De esto se extrae un mensaje comunicativo en el sentido de "que el hecho infringió los derechos de la víctima y que el hecho no está ni permitido ni justificado por circunstancias inusuales". Prosigue dicha tesis con que, "así, la sentencia reconoce que la víctima no necesita aceptar la conducta del delincuente". A partir del reconocimiento de que "esto no es suficiente para expresar desaprobación al público general (en adición al delincuente)" se añade que "el receptor con mayor interés en la declaración de la responsabilidad es la persona afectada mediante el delito"(64). Con base en toda esta argumentación, se concluye que, al sentenciar, "es preferible basar las decisiones en la perspectiva de la víctima, en lugar de utilizar imprecisas nociones de comunidad u orden legal"(65).

104 Es indudable que en la base de esta argumentación reside la idea de que "la ventaja indiscutible de un sistema de justicia criminal está en la formalización y restricción del control social. Sin embargo, este proceso no requiere desatender por completo los intereses de la víctima", con la debida aclaración en el sentido de que la consideración de los intereses de la víctima se refiere al aspecto comunicativo de la punición(66). De esto se infiere que "un concepto

(63) Hörnle, T., *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania. Op. Cit.*, p. 84.
(64) Ibídem, p. 87-88.
(65) Ibídem, p. 90.
(66) Ibídem, p. 89.

normativo de los intereses de las víctimas permite mayores decisiones de condena con mejor fundamentación"[67].

105 Aquí también es posible identificar que en la base de esta idea reside el argumento de que "la restricción del poder de la víctima durante el proceso está balanceado por el enfoque sobre los derechos de la víctima en la etapa final del proceso penal", pero con la importante advertencia en el sentido de que "las razones para la afirmación de los derechos de la víctima van más allá de las necesidades personales de la víctima individual"[68].

106 En torno a dicha problemática se sostiene que "una perspectiva objetiva de la víctima –en lugar de la perspectiva subjetiva de la víctima– no está asociada con la mayor punibilidad". Es decir, desde esta perspectiva, "el criterio para la imposición racional de una pena (con base en el grado de afectación de los intereses de la víctima) protege al delincuente contra decisiones irracionales influenciadas por prejuicios y preferencias emocionales". Así, en la línea de este planteamiento, "el análisis del delito desde una perspectiva de la víctima corresponde al papel de la culpa en el procedimiento penal"[69].

107 Sobre la fase del delito en la que se muestra la influencia de la consideración de los intereses de la víctima en la determinación de la pena es necesario precisar que "una perspectiva de la víctima es relevante en la valoración del grado de responsabilidad". A esto se añade el hecho de que "una perspectiva de la víctima es más útil con respecto a la '*Handlungsunrecht*'" –desvalor de la conducta–[70].

108 En forma resumida, sobre esta tesis se afirma que "el daño infligido por diferentes delitos puede ser valorado, no por percepciones intuitivas de la responsabilidad, sino por examinar el impacto típico de un delito sobre la calidad de vida de la víctima"[71], siendo la medida de este impacto el criterio a ser considerado para la determinación de la pena.

109 Otro punto de vista en torno a la posición de la víctima, que también puede ser asociado a un punto de vista retrospectivo, lleva en cuenta "las interacciones predelictuales entre víctima y delincuente". Desde luego, al nivel de la asignación de responsabilidad por el delito, hay un cierto consenso en el sentido de

(67) Ibídem, p. 118.
(68) Ibídem, p. 89.
(69) Ibídem, p. 118.
(70) Ibídem, p. 90-91.
(71) Ibídem, p. 118.

que "algunas de estas interacciones excluyen la total atribución de responsabilidad del criminal", mientras que en otras la responsabilidad "debe ser parcialmente atribuida a la víctima". En ese contexto, se reafirma la tesis de que "solo un punto de vista objetivo podrá permitirnos reducir [la] culpabilidad del delincuente a la luz del comportamiento predelictual de [la] víctima"(72).

110 Según algunos planteamientos, la víctima "programa" y provoca el daño como medio para alcanzar otro objetivo. Sobre dicha cuestión se afirma que se trata de supuestos en los que –al parecer– la 'víctima' consiente la realización de la conducta criminal". En tales casos, "el daño no puede ser enteramente atribuido al criminal", aunque, de cualquier modo, la responsabilidad (la *Handlungsunrecht)* podría atribuirsele "porque él no fue consciente de los motivos de la víctima". Desde tal punto de vista político-criminal, el agente del delito "no podría ser culpado por el daño, sino más bien por la responsabilidad asociada con el hecho"(73).

111 En torno a este aspecto, es necesario diferenciar el papel de la víctima a partir de dos perspectivas distintas: una que se proyecta al nivel del injusto culpable, con posibilidades de conducir a la exclusión de la responsabilidad del autor; y otra que se proyecta al nivel de la determinación de la pena con posibilidades de influenciar en la medida de la punición.

112 La primera se refiere a "la cuestión de cómo repercute la corresponsabilidad de la víctima" en el injusto, en especial en el plan del tipo o de la antijuridicidad(74).

113 Así las cosas, de lo que se trata es de evaluar en la determinación de la pena la incidencia que tiene la contribución de la víctima a la realización del hecho punible en la valoración de la gravedad del injusto.

114 La segunda postula que "allí donde una corresponsabilidad de la víctima no pueda fundamentar una interpretación conducente a la impunidad de la conducta del autor" (victimodogmática) "siempre podrá dar lugar a una disminución del injusto material y operar como atenuante en la medición de la pena", en virtud de la "graduabilidad del injusto". Así, si el hecho se debe, en mayor medida, a la víctima, "esa circunstancia disminuirá el injusto y la

(72) Ibídem, p. 113.
(73) Ibídem, p. 114.
(74) Roxin, C., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 562, n. m. 15.

culpabilidad del autor de un modo que a veces se podrá calcular casi porcentualmente; y nadie discute que eso influye en la medición de la pena"[75].

Por supuesto, "cualquier atribución parcial de culpa a la víctima se justifica estableciendo claramente las obligaciones de la víctima para proteger sus intereses"[76]. 115

Desde estas referencias ya es posible identificar que en las dos perspectivas juega un papel preponderante la valoración de la contribución de la víctima a la realización del delito, lo cual evidencia la gran importancia que posee el comportamiento de la víctima –en comparación con la afectación de sus intereses– para fundamentar y medir el injusto y la culpabilidad del autor del delito, a partir de su influencia en el juicio de reprobación. Es decir, "las víctimas –desde el punto de vista del autor del delito– son tomadas en cuenta tan solo como meros puntos de referencia de la intervención estatal y de la exigencia de responsabilidad penal"[77]. Por ello, desde esta perspectiva, la víctima debe ser considerada en la determinación de la pena a efectos de evaluar el grado de responsabilidad del autor del delito, conforme a la contribución que la víctima haya proporcionado a la realización del hecho punible. 116

Esta situación es de fácil constatación en el ámbito de la criminología, sobre todo si se tiene en cuenta que, desde el momento en que esta rama se ha emancipado científicamente –es decir, desde el *positivismo criminológico*–, las nuevas tesis criminológicas de índole biológica, interaccionista o socioestructural se pueden denominar como "teorías relativas al delincuente"[78]. 117

Al mismo tiempo, este planteamiento se ha convertido en toma de posición respecto a que "el Derecho penal moderno está *orientado hacia el delincuente* e insiste en la neutralización de la víctima"[79]. Es una consecuencia del fenómeno que, en términos criminológicos, se ha tratado como "robo del conflicto", por el cual "el Derecho penal aleja a la víctima de su polar ubicación frente al delincuente, relegando a la víctima al ámbito de la previsión social y al Derecho civil sustantivo y procesal, ámbitos en los cuales –de modo activo 118

(75) Ibídem, p. 566, n. m. 24.
(76) Hörnle, T., *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania. Op. Cit.*, p. 118.
(77) Hassemer, W., *Fundamentos del Derecho penal*, p. 89.
(78) Ibídem, p. 90.
(79) Ibídem, p. 95.

y dirigiendo el proceso– habrá de reclamar su derecho a la restitución, a la reparación material y a la indemnización de daños y perjuicios"[80].

119 Ahora bien, en concordancia con la perspectiva dual considerada en la determinación de la pena, además del punto de vista retrospectivo, puede ser identificado otro que considera la cuestión de la víctima desde una óptica prospectiva, que está orientada más directamente al autor del delito. En líneas muy generales se puede decir que se trata de la valoración de la disposición del autor del delito a la reparación y su comportamiento posterior en relación con la víctima[81].

120 Entre las perspectivas desarrolladas por la *victimología* sobre las "relaciones entre el delincuente y su víctima" destaca la que se ocupa de la posición de la víctima en el proceso penal, bien en la perspectiva de las formas de su intervención procesal[82], bien en la óptica de los "daños y su reparación", las cuales han sido adoptadas en el proceso penal, sobre todo, a finales del siglo XX.

121 En ese contexto, se ha pasado de una perspectiva del Derecho penal que relega a la víctima a la mera participación como testigo en el esclarecimiento del hecho o en la conformación del proceso"[83] a una valoración de la satisfacción de sus intereses en el proceso penal, siendo ello de singular importancia para los modelos basados en una conformidad procesal.

122 Desde luego, hay que advertir que la consideración de la reparación a la víctima en la determinación de la pena implica una superación de una cuestión fundamental. En la misma línea argumentativa expuesta al inicio, la determinación de la pena es el momento más agudo de la intervención jurídico-penal, en especial por el hecho de que es el momento en que, de forma más directa y concreta, se establece el diálogo de naturaleza normativa entre el ordenamiento jurídico y la persona que ha sido considerada autor de la violación de las normas que lo integran. Es decir, si en el momento de la conminación se establece un diálogo abstracto entre el ordenamiento jurídico y los ciudadanos en general, en el momento de la determinación el diálogo se especifica y concretiza en la persona que ha violado la norma, pues comunica a ella (en particular) y a los demás ciudadanos la efectividad de las normas. Por

(80) Ibídem, p. 92.
(81) Schünemann, B., "El papel de la víctima dentro del sistema de justicia criminal: un concepto de tres escalas". En: Schünemann, B. / Albrecht, P. / Prittwitz, C. / Flecher, G., *La víctima en el sistema penal. Dogmática, proceso y política criminal*, pp. 32-33.
(82) Ibídem, pp. 28-29.
(83) Hassemer, W., *Fundamentos del Derecho penal. Op. Cit.*, p. 88.

tanto, desde esta perspectiva, debería ser incontestable que el diálogo en este momento se mantenga entre el ordenamiento jurídico y el ciudadano que lo ha confrontado, al menos en la línea de justificación del "robo del conflicto" de lo primero con relación a la víctima(84), distinta, pues, del énfasis en la ya mencionada idea de que "el receptor con mayor interés en la declaración de la responsabilidad es la persona afectada mediante el delito".

Una tercera tendencia postula los modelos de determinación de la pena 123
que se centran en la consideración de la víctima a partir de una perspectiva de su *aseguramiento* y de *prestación social*.

Ante las mencionadas tendencias es posible identificar un balance desde 124
una perspectiva más decididamente político-criminal.

Así, se sostiene que "un sistema penal basado en la retribución del mal come- 125
tido toma en consideración a la víctima por la simple razón que en ella se ha realizado el hecho punible que se trata de retribuir". Desde esta perspectiva, "la cuantía del daño, la intensidad del dolor, el perjuicio para el futuro de la víctima o de sus parientes son criterios importantes para un Derecho penal de retribución, a los efectos de establecer las conminaciones penales y determinar la pena a imponer en el proceso penal". Así, "un Derecho penal de la retribución mira al pasado y, por tanto, a la lesión del interés de la víctima, y argumenta en el plan moral en la medida en que se propone compensar el mal del delito con el mal de la pena". En una perspectiva distinta, se informa que "un Derecho penal orientado a la prevención tiene por fuerza que dejar de lado a la víctima. Mira al futuro y se interroga sobre las posibilidades de mejorar al autor del delito, de disuadir a futuros delincuentes y de reforzar el sentido social de respeto a las normas". Desde esta perspectiva, "la lesión de la víctima ya no constituye el fundamento de la consecuencia jurídico-penal, sino un mero indicador en orden a valorar la probabilidad de comisión de futuros delitos por parte de ese u otros autores". Frente a un cuestionamiento sobre su desprecio al sistema normativo, se sigue que "un Derecho penal preventivo toma en cuenta a la víctima desde el punto de vista de la profilaxis y se limita, por ello, a poner sobre aviso a los grupos de hipotéticas víctimas más expuestas al peligro (...), y, en su caso, protegerlas activamente". En resumen, "el principio de retribución y de satisfacción a la víctima son sustituidos por los de *aseguramiento* y de *prestación social*". Ante los dos planteamientos, se empieza por constatar que la modesta posición que

(84) Haciendo aclaraciones acerca de los términos de este robo del conflicto en el Derecho germánico: HÖRNLE, T., *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania. Op. Cit.*, pp. 88-89.

se atribuye a la víctima "está llamada a una definitiva desaparición en el Derecho penal moderno". Se prosigue que el punto de vista de que "la *unidad* criminológica de autor y víctima y el hecho de que la víctima seguirá siendo coprotagonista del delito, sea cual sea la política criminal que impere, son garantías de que toda política criminal tendrá que seguir tomando en consideración y analizando el interés de la víctima", con la continuidad "en la línea de la profilaxis y el aseguramiento como tutela y compensación"(85).

126 En dicho escenario, en el que la referencia a la víctima puede ser identificada en modelos más actuales de determinación de la pena de algunos ordenamientos jurídicos, los trazos en que el tema ha sido contemplado en el mencionado artículo 45, literal c) CP peruano suscitan cuestiones de gran interés.

127 Hay que recordar que en el ya referido literal c) del artículo 45 CP peruano se ha previsto que, al momento de fundamentar y determinar la pena, el juez debe tener en cuenta "los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependan, así como la afectación de sus derechos, considerando especialmente su situación de vulnerabilidad".

128 El literal c) del artículo 45 CP peruano solo establecía que se tomen en consideración los "intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependan".

129 En torno a la mencionada previsión anterior se ha dicho que "se quiere llamar la atención sobre una problemática medular del Derecho penal contemporáneo: el papel que cumple el afectado con la infracción a la ley penal". Ante ello se ha afirmado que la fórmula utilizada en la ley era muy restrictiva, pues hacía referencia solo a uno de los tópicos relacionados con la problemática en cuestión: "el atinente al daño causado a la víctima, sus familiares y allegados sería una cuestión posterior al hecho mismo y, como tal, nada tendría que ver con el injusto y la culpabilidad". Por el contrario, lo que estaría íntimamente relacionado con el injusto –y, por ende, con su graduación– sería el papel general del afectado dentro del delito temático que, se repite, no ha quedado comprendido en el texto". A ello se ha añadido la conclusión de que "el tópico en examen no representa una pauta independiente para la tasación de la pena, sino un verdadero factor posterior que, de todas maneras, opera como verdadero correctivo de los dos criterios iniciales"(86).

(85) Hassemer, W., *Fundamentos del Derecho penal. Op. Cit.*, p. 95 ss.

(86) Velásquez Velásquez, F., *Los criterios de determinación de la pena en el C. P. peruano de 1991. Op. Cit.*, pp. 8-9.

Aún, con relación al texto anterior, se argumentaba que, al igual que en relación a las carencias sociales que hubiese sufrido el agente, no se trataba de "fundamentar la pena" según "los intereses de las personas que dependen de la víctima", sino de lo que debería tratar; pues, "por ser factible a nivel de la ejecución de la pena", era de "'tutelar los intereses de la víctima'", con proyección en la determinación de la pena en sentido amplio[87]. 130

La primera parte del literal c) del artículo 45 CP peruano ha sido mantenida despúes de los cambios introducidos por la Ley N° 30076, del 19 de agosto de 2013. 131

Ahora, como consecuencia de la crítica al carácter limitado de la previsión anterior, la consideración a la víctima ha sido expandida en el vigente artículo 45, c) CP peruano, añadiendo "la afectación de sus derechos y considerando especialmente su situación de vulnerabilidad", lo cual supone un análisis aún más detenido. 132

Desde luego, acerca del criterio de "la afectación de sus derechos", a pesar de la similitud –por supuesto, no se debe considerar que se trata de los "intereses de la víctima"– ya mencionados en la primera parte del literal y que se refiere a la necesidad de tutelar a la víctima, por la valoración en la determinación de la pena de comportamientos posdelictivos que vengan a ser adoptados por el autor del delito. Hecha la advertencia, el argumento que suena más adecuado es que debe ser valorada la intensidad de la afectación de los derechos de la víctima y, por lo tanto, con reflejos en la gradación del injusto. Desde que se ha adoptado este planteamiento, en la determinación de la pena el reflejo en el grado del injusto de la afectación de los derechos de la víctima solo puede contar de forma desfavorable al autor del delito, aunque sea como criterio de limitación objetiva. 133

Así mismo, queda por analizar la cuestión general con relación a todos los literales del artículo 45 CP peruano, en el sentido de determinar si proyectan efectos en la determinación de la pena en sentido amplio, en sentido estricto o en ambas. 134

Respecto a la víctima, en el literal c) del artículo 45 CP peruano ha sido añadida la necesidad de considerar en la determinación de la pena "especialmente su situación de vulnerabilidad". Sobre el contenido de este criterio, aquí 135

(87) Hurtado Pozo, J., "Responsabilidad y culpabilidad: reflexiones sobre la dogmática penal". *Op. Cit.*, pp. 54-57, Apud: Velásquez Velásquez, F., *Los criterios de determinación de la pena en el C. P. peruano de 1991. Op. Cit.*, p. 23, n. 23.

parece no pender dudas que se refiere a la mayor vulnerabilidad que presente la víctima en el momento del delito, con reflejos en la mayor gravedad del injusto, influyendo en la determinación de la pena. Aunque no se pueda descartar un planteamiento de que, distintamente de lo afirmado, la situación de vulnerabilidad de la víctima pueda reflejar en la determinación de la pena tanto de forma desfavorable como de modo favorable al autor del delito, no se trata de una interpretación que se pueda compartir sin más, pues implica admitir que si se está frente a una víctima de menor vulnerabilidad, tal circunstancia puede incidir en la disminución de la gravedad del injusto, con reflejos en la determinación de la pena. Un ejemplo de esa posibilidad puede ser sacado en el contexto de los delitos de fraude, en los que la menor vulnerabilidad de lo afectado podría reflejar en el injusto e influenciar en la determinación de la pena. Sin embargo, se trata de una cuestión que debería ser resuelta a nivel de la propia tipicidad y no a nivel –y como una regla general– de la determinación de la pena. Por tanto, de lo que trata es de determinar la mayor o menor vulnerabilidad que presenta la víctima y cómo esta influye en la mayor o menor gravedad del injusto, influyendo en la determinación de la pena.

136 Así las cosas, este añadido se refiere a la mayor vulnerabilidad que presenta la víctima en el momento del delito, el cual se refleja en la gravedad del injusto y, por lo tanto, también en la posibilidad de agravar la responsabilidad del autor del injusto, sea en la determinación de la pena en sentido amplio, estricto o en ambas.

137 Sea el caso que sea, una interpretación más adecuada al conjunto de las consideraciones a la víctima establecidas en el literal c) del artículo 45 CP peruano revela que, en términos de contenido, en un mismo literal han sido previstos criterios que pueden influenciar en la determinación de la pena, sea para favorecer al autor del delito, sea para agravar su situación. Así, respecto a la primera parte, se debe precisar que el reconocimiento de que la disposición del autor del delito a la reparación y su comportamiento posterior con relación a la víctima proyecta efectos en el injusto, al menos parece seguro que solo se puede reflejar en el sentido favorable. Por el contrario, los demás criterios, cuyo reflejo en el injusto es más reconocible, parece seguro que pueden influenciar de modo desfavorable en la responsabilidad penal y, por lo tanto, en la determinación de la pena correspondiente al autor del delito.

138 Aunque se pueda considerar que esto no es un problema, no puede dejar de exigirse un mayor cuidado al órgano jurisdiccional, en especial en las hipótesis en que ocurra una concurrencia de criterios de distinta naturaleza. Es

decir, de la misma manera que se puede verificar una concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes en un mismo hecho, aquí también puede ocurrir una concurrencia de criterios favorables y desfavorables al autor del delito, presuponiendo un juicio de compatibilidad entre ellos. Como ejemplo de ello se debe mencionar el caso en que, por un lado, la víctima esté en condiciones de especial vulnerabilidad y que, en consecuencia, la afectación de sus derechos se torne más proclive; y, por otro lado, el autor del delito voluntariamente ha realizado el pago integral de los daños a la víctima, a sus familiares y allegados.

De hecho, ante la mencionada situación en que "la ley enumera los fac- 139
tores que deben ser tenidos en cuenta al graduar la pena sin decir si agravan o atenúan", con énfasis se afirma que "la decisión no puede tomar otro punto de apoyo que el ordenamiento jurídico, y argumentar a partir de él". Aunque "esto parece obvio, y así formulado, casi trivial", se trata de una apariencia engañosa, pues "habitualmente ni siquiera se expresa en las decisiones si ese factor fue tomado en cuenta o no". Así las cosas, se defiende que, "en primer lugar, es imprescindible que se haga explícito si se valora *a favor* o *en contra*, y, en segundo lugar, se debe dejar sentado *por qué*, teniendo en cuenta varios criterios de valoración, solo resultarán argumentos válidos aquellos que estén apoyados en valoraciones normativas, antes que en la eventual reprochabilidad moral de ese aspecto de la conducta"[88].

V. Bibliografía

CARO CORIA, Dino Carlos, "Notas sobre la individualización judicial de la pena 140
en el Código Penal peruano". En: *Rondando al Código Procesal Penal*. Corte Superior de Justicia de Cajamarca, Cajamarca, 2014; ESER, Albin / BURKHARDT, Björn, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*. Traducción de Silvina BACIGALUPO y Manuel CANCIO MELIÁ. Colex, Madrid, 1995; FERNANDES, Fernando Andrade, *O processo penal como instrumento de política criminal*. Almedina, Coimbra, 2001; HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del Derecho Penal*. Traducción de Francisco MUÑOZ CONDE y Luis ARROYO ZAPATERO. Bosch, Barcelona, 1984; HÖRNLE, Tatjana, *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*. Fabián J. Di Placido Editor, Buenos Aires, 2003; HUAMÁN ÁVILA, Dantmein Mónica, "Determinación judicial y legal de la pena en el nuevo Código Procesal Penal". En: *Trabajo de suficiencia profesional para optar el título profesional de abogado*. Facultad

(88) ZIFFER, P., "Problemática de la individualización de la pena". *Op. Cit.*, p. 107.

de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Huánuco, Huánuco, 2016; HURTADO POZO, José, "Responsabilidad y culpabilidad: reflexiones sobre la dogmática penal". En: HURTADO POZO, José (director), *Anuario Derecho Penal 93: Asociación Peruana de Derecho penal*. Grijley, Lima, 1993; MAGARIÑOS, Mario, "Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena". En: BELOFF, Mary y otros, *Determinación judicial de la pena*. Del Puerto, Buenos Aires, 1993; MAIER, Julio, "Prólogo". En: BELOFF, Mary y otros. *Determinación judicial de la pena*. Del Puerto, Buenos Aires, 1993; ORÉ SOSA, Eduardo, "Determinación judicial de la pena, reincidencia y habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la Ley N° 30076". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal* T. 51, setiembre 2013; PÁUCAR CHAPPA, Marcial Eloy, "Nuevas reglas de determinación de la pena: 'el sistema de tercios'". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal* T. 51, setiembre 2013; PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *La determinación judicial de la pena en la Ley 30076*. Documento de la Maestria PUCP 2015-2. Disponible en <http://www.ac-firma.com/biblioteca/opac_css/doc_num.php?explnum_id=19> (acceso 27/07/2018); PRADO SALDARRIAGA, Víctor, "Las consecuencias jurídicas del delito en el anteproyecto de reforma del Código Penal 2009". En: HURTADO POZO, José (director), *Anuario de Derecho Penal 2009. La reforma del Derecho penal y del Derecho procesal penal en el Perú*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2011; ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte general*. Traducción Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, y Javier DE VICENTE REMESAL. Civitas, Madrid, 1997; ROXIN, Claus, "Sinn und Grezen staatlicher Strafe". En: *JuS*, 1966; SCHÜNEMANN, Bernd. "El papel de la víctima dentro del sistema de justicia criminal: un concepto de tres escalas". En: SCHÜNEMANN, Bernd / ALBRECHT, Peter-Alexis / PRITTWITZ, Cornelius / FLECHER, George, *La víctima en el sistema penal. Dogmática, proceso y política criminal*. Traducción Luis Miguel REYNA ALFARO. Grijley, Lima, 2006; SCHÜNEMANN, Bernd, "Prólogo". En: HÖRNLE, Tatjana, *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*. Fabián J. Di Placido Editor, Buenos Aires, 2003; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, "La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático) un primer esbozo". En: *Indret* 02/2007. Disponible en <http://www.indret.com/pdf/426_es.pdf> (acceso 01/09/2018); VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *Los criterios de determinación de la pena en el C. P. peruano de 1991*. 2008. Disponible en <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_30.pdf> (acceso 27/07/2018); VOLK, Klaus, *Introduzione al diritto penale tedesco. Parte generale*. Cedam, Padova, 1993; ZIFFER, Patricia, "Problemática de la individualización de la pena". En: BELOFF, Mary y otros, *Determinación judicial de la pena*. Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

§ 45-A
Individualización de la pena

FERNANDO ANDRADE FERNANDES
Universidade Estadual Paulista - UNESP
(São Paulo-Brasil)

Sumario

	Nm	P
I. Introducción	1	730
II. Sistema de los tercios (Art. 45-A)	29	737
III. Responsabilidad y gravedad (Art. 45-A)	53	744
1. Injusto	71	748
2. Culpabilidad	77	750
IV. Bibliografía	105	758

§ 45-A. Individualización de la pena

Toda condena contiene fundamentación explícita y suficiente sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena.

Para determinar la pena dentro de los límites fijados por ley, el juez atiende la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del delito o modificatorias de la responsabilidad.

El juez determina la pena aplicable desarrollando las siguientes etapas:

1. Identifica el espacio punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito y la divide en tres partes.

2. Determina la pena concreta aplicable al condenado evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes observando las siguientes reglas:

a) Cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurran únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina dentro del tercio inferior.

b) Cuando concurran circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio.

c) Cuando concurran únicamente circunstancias agravantes, la pena concreta se determina dentro del tercio superior.

3. Cuando concurran circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas, la pena concreta se determina de la siguiente manera:

a) Tratándose de circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior;

b) Tratándose de circunstancias agravantes, la pena concreta se determina por encima del tercio superior; y

c) En los casos de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, la pena concreta se determina dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito.

I. Introducción

1 En el artículo 45-A CP peruano ha sido prevista la "individualización de la pena" como parte del procedimiento general de determinación judicial de la pena.

2 En función de los propios términos utilizados por el CP sobre la problemática de la determinación de la pena, hay una opinión generalizada que sostiene que, en la "individualización de la pena" prevista en el artículo 45-A, se trata de "determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley".

3 Es lo mismo que ha sido sostenido en relación a la redacción del anterior artículo 46, en el sentido de que la individualización de la pena se refiere a "la operación mental concreta mediante la cual el juez, una vez examinadas las diversas categorías del hecho punible, fija, precisa o señala las sanciones que son imponibles al trasgresor de la ley penal; esto es, la determinación de la pena dentro del marco punitivo y acorde con la culpabilidad por el hecho". Aún en referencia al régimen legal anterior, este establecía que la "individualización de la pena" se refiere a la determinación de la pena en sentido estricto(1).

4 Sobre esta individualización, con vistas a la identificación de la pena concreta, se ha afirmado que "se trata, por tanto, de un quehacer exploratorio y valorativo que realiza el órgano jurisdiccional al interior de la materia fáctica o suceso histórico del caso *sub judice*. A través de él, la autoridad judicial va indagando, identificando y calificando la presencia de *circunstancias concurrentes en la realización del delito*"(2), con lo cual ya se puede entrever la perspectiva retrospectiva fuertemente considerada en esta fase.

5 Por la forma como es abordada y evaluada dicha fase, queda claro esta es considerada la "joya de la corona" del sistema de determinación de la pena en el ordenamiento jurídico peruano; en especial, por la adopción del novedoso sistema de los tercios que ha sido desarrollado para la individualización de la pena.

6 Desde luego, el artículo 45-A CP peruano empieza la descripción del procedimiento de individualización de la pena estableciendo que la pena deberá ser determinada "dentro de los límites fijados por ley".

(1) Velásquez Velásquez, F., *Los criterios de determinación de la pena en el C. P. peruano de 1991*, pp. 8-9.
(2) Prado Saldarriaga, V., *La determinación judicial de la pena en la Ley 30076*, pp. 34-35.

Acerca de la *determinación de la pena en sentido estricto*, se parte, pues, de la 7
idea de que son dos las etapas básicas en la determinación judicial de la pena: en la primera, se lleva a cabo la identificación de la pena básica; en la segunda, tiene lugar la individualización de la pena concreta. En tal sentido, "cada una de ellas tiene una finalidad y dinámica distinta", a la vez que responden a la orientación político-criminal de dos principios rectores". En la primera etapa, la determinación judicial de la pena mira satisfacer las exigencias del *principio de legalidad* "(El juez solo puede aplicar la pena en la forma y magnitud que le autoriza la ley)", pues se circunscribe al marco normativo abstracto (forma y medida) que la ley establece previamente, a efectos de que el órgano jurisdiccional competente aplique en un caso concreto. En la segunda etapa, la individualización de la pena concreta busca materializar el *principio de la pena justa* ("el juez solo puede imponer la pena que corresponde a las circunstancias concurrentes en el caso"), pues circunscribe la cualidad y medida de la pena "a las circunstancias concurrentes en el caso"[3].

Para ello, el órgano jurisdiccional debe partir de la penalidad o pena con- 8
minada prevista en la ley para cada delito. Se trata entonces de configurar, en base a él, un espacio punitivo o de punición, el cual siempre debe contar con dos extremos. "Uno (sic) mínimo o límite inicial y uno máximo o límite final". A esto se añade, sin embargo, que "en aquellos otros delitos donde por defecto de técnica legislativa solo se ha considerado en la pena conminada uno de tales límites, sea el mínimo o el máximo, el juez debe de integrar el límite faltante en base a los que corresponden genéricamente para cada clase de pena y que aparecen regulados en la Parte General del Código Penal, al precisarse las características específicas de cada sanción punitiva", es decir, el límite máximo y el límite mínimo previstos para cada clase de pena (p. ej. 30 años de pena privativa de libertad)[4].

Aunque con bases un poco diferentes, el procedimiento es el mismo en 9
los casos en que intervienen circunstancias específicas, agravantes o atenuantes. Son casos en los que distintamente se indican unos mínimos y máximos específicos en la pena abstracta (por ejemplo 6, y 20 años, respectivamente, de pena privativa de libertad en el delito de homicidio simple); es decir, el legislador ha previsto el marco punitivo estableciendo uno mínimo de pena con la fórmula "no menor" y uno máximo de pena con la locusión "no mayor", el cual debe ser determinado (rellenado) por el órgano jurisdiccional

(3) Ibídem, p. 33.
(4) Ibídem, pp. 33-34.

conforme a las circunstancias específicas (agravantes o atenuantes) concurrentes en el caso concreto.

10 En contraposición a lo que ocurre con las circunstancias genéricas, atenuantes y agravantes –que pueden incidir en relación con cualquier delito–, las circunstancias específicas –sean agravantes o atenuantes– solo pueden incidir en la determinación de la pena de los delitos a los que expresamente se refieren en cada uno de los correspondientes tipos penales. En términos operativos, las circunstancias específicas establecen un determinado marco penal –con un límite mínimo y un límite máximo de pena–, al interior del cual debe ser identificada la pena básica, la cual será considerada para la determinación de la pena concreta. Estas circunstancias específicas pueden estar conminadas en distintos niveles o grados, con una pena conminada distinta para cada uno de ellos, que debe ser considerada para la identificación de la pena básica o espacio punitivo(5).

11 Así, las circunstancias específicas –que pueden ser agravantes o atenuantes– son las que están previstas junto a determinados delitos en la forma de catálogos o párrafos adicionales en la Parte Especial del CP o en leyes especiales, correspondiendo a una pena conminada propia (no menor, ni mayor), que servirá como pena básica, para así llegar a la pena concreta. Puede ocurrir que para un mismo delito esté previsto más de un tipo de circunstancias específicas, agravantes o atenuantes. En el caso de previsión de más de un tipo de circunstancias específicas agravantes, cada una de ellas debe corresponder a un porcentaje cuantitativo de la pena básica, de modo que el cálculo de la pena concreta debe resultar del total acumulado de las circunstancias específicas agravantes aplicables al caso, desde el mínimo (correspondiente al mínimo de la moldura prevista en el caso de incidencia de una sola agravante) hasta al máximo (correspondiente a la presencia de todas las agravantes previstas). Se parte de la hipótesis de que solo concurre una circunstancia específica agravante hasta la hipótesis de la aplicación de todas. En el caso de previsión de más de un tipo de circunstancias específicas atenuantes se parte de la conminación máxima, prevista para el caso de incidencia de una sola atenuante específica, hasta el mínimo, que corresponde a la presencia de todas las atenuantes previstas(6).

12 En términos propiamente cuantitativos, cada circunstancia específica, agravante o atenuante, tendrá un valor cuantitativo equivalente al cociente

(5) Ibídem, pp. 39-40.
(6) Ibídem, pp. 40 y 41.

de dividir la extensión del espacio punitivo en años de privación de libertad y días multa entre el número total que consigna el catalogo circunstancial[7].

En síntesis, en términos propiamente operativos, se sigue que, "en la primera fase o 'determinación inicial de la pena básica', primero se evaluarán tanto la pena conminada en el tipo penal como de todas las circunstancias 'específicas' agravantes y atenuantes que puedan presentarse. Mientras que en la segunda fase o 'individualización final de la pena concreta' se evaluarán todas las circunstancias 'genéricas' tanto simples (Art. 46), como cualificadas (Arts. 46-A, 46-B y 46-C) o privilegiadas (Arts. 16, 22 y 25, entre otros)"[8]. 13

Cabe advertir, desde luego, que en las hipótesis en que son conminadas "dos o más penas como penas conjuntas", es decir, conminación de dos o más tipos de pena para un mismo delito, "la determinación judicial de la pena concreta debe abarcar la individualización de las diferentes penas que componen la penalidad conminada"; con la necesidad de hacer una determinación para cada uno de los tipos previstos. Por el contrario, si son conminadas penas alternativas, "el procedimiento de determinación de la pena solo se aplicará a la pena elegida por el juez"[9]. No obstante, tanto en una como en otra hipótesis es igual el *deber* de fundamentación a partir del mencionado razonamiento político-criminal[10]. 14

En definitiva, la base para la individualización de la pena concreta en los términos del artículo 45-A CP peruano es el marco establecido por la pena conminada, el cual está configurado por un espacio formado por un límite mínimo y un límite máximo, que es expreso en cada tipo penal o que el órgano jurisdiccional debe construir a partir de una indicación de uno de estos marcos, el mínimo o el máximo. 15

Aunque no integre la fase propiamente judicial de individualización de la pena, es de interés el análisis de la racionalidad político-criminal en el momento de la conminación, teniendo en cuenta la circunstancia de que es la pena conminada la que será considerada para la determinación de la pena básica o espacio punitivo, con vistas a evitar una doble valoración en las fases subsiguientes. 16

(7) Ibídem, p. 54.
(8) Huamán Ávila, D., "Determinación judicial y legal de la pena en el nuevo Código Procesal Penal". En: *Trabajo de suficiencia profesional para optar el título profesional de abogado*, p. 54.
(9) Prado Saldarriaga, V., *La determinación judicial de la pena en la Ley 30076*. *Op. Cit.*, p. 35.
(10) Páucar Chappa, M., "Nuevas reglas de determinación de la pena: 'el sistema de tercios'". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal* T. 51, p. 33.

17 Acerca de esto, tal vez se deba hacer mención a una "individualización legislativa", que "es la que realiza el legislador cuando preestablece distintas clases de penas, concediéndole al juez un marco legal abstracto al que debe someterse para realizar la 'individualización de la pena' en el caso concreto"[11].

18 Sin rodeos, las valoraciones sociales respecto de un determinado delito quedan plasmadas dentro del marco penal establecido por el legislador, y en él quedan recogidas, entre otras cosas, las razones de prevención general[12].

19 Sin embargo, el cierre de seguridad mismo en la fase de determinación legislativa de la pena sigue siendo las características del hecho. Así, razón asiste al entendimiento de que "el marco penal abstractamente previsto se configura como la respuesta preconstituida a un conjunto de hechos que coinciden en constituir un determinado tipo de injusto penal, culpable y punible; en el que se contienen los elementos que fundamentan el merecimiento y la necesidad de aquella pena abstracta". De ello se sigue que, "por ello, el marco penal abstracto puede verse como la unión de un conjunto de conminaciones penales más detalladas (submarcos) que asignarían medidas diversas de pena a las distintas subclases de realizaciones (subtipos), más o menos graves, del injusto culpable y punible expresado en el tipo"[13].

20 Desde una perspectiva general, en el interior de estos límites, "la *conminación penal* persigue, en primer lugar, una finalidad *preventivo-general*", con vistas a impedir infracciones de las normas penales de conducta, "amenazando con la imposición de un mal a todo aquello que contraviene una de estas normas". Al que no desiste de la acción prohibida por el propio contenido valorativo de la norma de conducta, debe (probablemente) motivarse a través de la conminación de un mal, para que omita aquella conducta[14]. Así, en la normalidad de los casos, se espera que las personas se abstengan de realizar el comportamiento antinormativo en atención al propio valor que la norma, de modo que surge la sanción penal solamente como un *refuerzo* o, *reafirmación*, para los casos en que fallan o sea deficiente el papel motivador a ser ejercido

(11) Caro Coria, D., "Notas sobre la individualización judicial de la pena en el Código Penal peruano". En: *Rondando al Código Procesal Penal*, p. 2.

(12) Ziffer, P., "Problemática de la individualización de la pena". En: Beloff, M., *Determinación judicial de la pena*, p. 105.

(13) Silva Sánchez, J., "La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático) un primer esbozo". En: *Indret* 02/2007, p. 5.

(14) Rudolphi, H., "El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal". En: Schünemann, B., (compilador). *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, p. 83.

de forma autónoma por aquel valor. Se entiende, pues, que la norma penal tiende a un refuerzo en la motivación al actuar conforme la norma.

Desde la constatación de que el primer nivel de la realidad social del sis- 21
tema de justicia criminal es el intento de "prevenir acciones socialmente dañosas, prohibiéndolas bajo amenaza de pena", se añade que "el efecto disuasivo de la *amenaza* de sanción, como tal, parece derivar de dos fuentes diferentes: En primer lugar, la amenaza de sanción incrementaría el costo para el actor"; en segundo lugar, la amenaza de pena tendría, además, un significado de comunicación para expresar que una cierta conducta es moralmente censurable"[15].

Por tanto, hay consenso en el sentido de que, en el momento de la con- 22
minación, el razonamiento político-criminal para la determinación de la pena es, sin duda, la necesidad de protección de los bienes jurídicos esenciales, a través del refuerzo de las expectativas de vigencia de la norma que los protege. Así pues, la finalidad de la pena, en este primero momento no puede dejar de ser la de prevención general. En el momento de la conminación "la pena empieza a actuar como advertencia, ante todos, ejerciendo su función de prevención general. Paralelamente, la pena, con su carácter de sanción máxima establecida como garantía de la vigencia de la norma, refuerza la importancia que el orden jurídico asigna al precepto y al bien tutelado; cumpliendo, así, la función educativa, sociojurídica del Derecho penal en la definición de los valores, cuya protección es considerada necesaria para la seguridad común"[16]. En pocas palabras, en este primer momento de la dinámica punitiva sobresale la finalidad de prevención general *(positiva* y *negativa)*. En concreto, es esta necesidad de *prevención general positiva* la que determina el marco penal –mínimo y máximo– previsto abstractamente en el tipo penal.

Acerca de la fundamentación político-criminal de la pena conminada, en 23
el ordenamiento jurídico peruano se informa que, en atención al *principio de la lesividad*[17], "la pena conminada (o penalidad) expresan la valoración de la capacidad dañosa que tiene cada delito".

Es decir, el argumento de que en la mencionada fase se valora la capacidad 24
dañosa de cada delito se ajusta a la idea de la necesidad de protección de bienes jurídicos y defensa de las normas que ejercen esta protección, en concordancia

(15) Schünemann, B., "El papel de la víctima dentro del sistema de justicia criminal: un concepto de tres escalas". En: Schünemann, B. / Albrecht, P. / Prittwitz, C. / Flecher, G., *La víctima en el sistema penal. Dogmática, proceso y política criminal*, p. 19.

(16) Bruno, A., *Direito Penal, parte geral*. Tomo 3, pp. 101-102.

(17) Prado Saldarriaga, V., *La determinación judicial de la pena en la Ley 30076. Op. Cit.*, p. 47.

con la finalidad de la prevención general. Sin embargo, es posible considerar también que esta capacidad dañosa expresada en cada tipo penal ya sirve, en abstracto, a la delimitación de la responsabilidad, pues, acorde con el principio de la legalidad, en este nivel primario queda vedada la transposición de los límites que han sido trazados por medio de la descripción abstracta del hecho.

25 De esto resulta que no hay motivos para un cuestionamiento de que, también en el ordenamiento jurídico peruano, en la fase de la conminación de la pena son razones de prevención general –delimitadas por la gravedad del hecho– las que predominantemente actúan en el establecimiento del marco abstracto de la pena. Ello es resaltado por la doctrina que se pronuncia sobre la determinación de la pena que está contemplada en el CP de 1991, pues afirma que "un Derecho penal como el peruano solo puede tomar en cuenta la prevención general –desde luego, al lado de la culpabilidad retributiva– a la hora de la formulación de la amenaza penal, esto es, cuando el legislador redacta las escalas punitivas"[18].

26 En términos prácticos, lo importante de esto es que en los tipos penales se verifica una descripción de los hechos y de las circunstancias que han conducido al legislador a establecer el marco de pena, con vistas a alcanzar esta prevención general. Por lo tanto, no cabe al órgano jurisdiccional invocar estas mismas razones para justificar sus opciones en el momento de la individualización de la pena pues si lo hace se verifica una doble valoración. Por otro lado, "no tiene por qué ser relevante también para la determinación de la pena lo que sí lo es para la determinación de la punibilidad"[19]. Al órgano jurisdiccional le está vedado invocar, sin más –como es muy común en especial en delitos de gran repercusión–, la gravedad abstracta del hecho para justificar un mayor rigor en la individualización de la pena, pues este motivo ya ha sido (tendría que ser) considerado en la conminación. Como ejemplo a no ser tomado en cuenta, es lo que ocurre hoy de forma muy generalizada en relación con los delitos (muy de moda) de corrupción, siendo común en las decisiones jurisprudenciales la invocación de la gravedad de los daños sociales para justificar una agravación de la pena. Con mucha más razón hay un rechazo en torno a "la mera referencia genérica al aumento de la delincuencia" como argumento que fundamenta la agravación de la pena para atender a fines de prevención general de intimidación[20].

(18) Velásquez Velásquez, F., *Los criterios de determinación de la pena en el C. P. peruano de 1991. Op. Cit.*, p. 11.
(19) Hassemer, W., *Fundamentos del Derecho penal*, p. 128.
(20) Ziffer, P., "Problemática de la individualización de la pena". *Op. Cit.*, p. 94.

En este punto, en el modelo anterior a las alteraciones introducidas por la Ley N° 30076, del 19 de agosto de 2013[21], el legislador peruano fue muy atento, toda vez que estableció de forma explícita en el artículo 45-A CP que en la determinación de la pena "el juez atiende la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas de delito o modificatorias de la responsabilidad"[22]. La parte final de este artículo sirve justo para evitar la mencionada doble valoración de las consideraciones de prevención general, en la medida que impide que el órgano jurisdiccional considere en la imposición de la pena hechos o circunstancias que ya han sido valoradas en el tipo, el que, en principio, no sirve para confirmar la prohibición de consideración posterior de las necesidades de prevención general, bajo otros criterios no relacionados al tipo o a las circunstancias[23]. 27

Establecido, pues, que el órgano jurisdiccional debe partir de la pena conminada en abstracto y avanzado el contenido de prevención general que opera en su interior –desde el cual cabe demarcar el espacio punitivo o pena básica–, es posible seguir en el análisis del procedimiento de individualización de la pena concreta previsto en el artículo 45-A CP peruano. 28

II. Sistema de los tercios (Art. 45-A)

Haciendo un juicio de valoración sobre el sistema de los tercios introducido en el CP peruano por la Ley N° 30076, del 19 de agosto de 2013, se afirma que el legislador "ha reforzado más las alicaídas murallas de protección del principio de legalidad y proporcionalidad de las penas, ofreciendo al órgano jurisdiccional una posibilidad mayor de imponer penas más determinables, identificables, pronosticables y mucho más justas"[24]. 29

Por supuesto, la elaboración de un detallado sistema a este respecto lleva en consideración la constatación de que "uno de los problemas más agudos de la individualización de la pena es ubicar un punto fijo en el marco penal, a partir del cual se pueda 'atenuar' y 'agravar' la pena"[25]. 30

(21) Velásquez Velásquez, F., *Los criterios de determinación de la pena en el C. P. peruano de 1991. Op. Cit.*, p. 10.

(22) Así, también, en el § 46, 3, *StGB* del ordenamiento jurídico alemán: "no podrán ser tenidas en cuenta aquellas circunstancias que ya formen parte del tipo legal".

(23) Ziffer, P., "Problemática de la individualización de la pena". *Op. Cit.*, p. 106.

(24) Páucar Chappa, M., "Nuevas reglas de determinación de la pena: 'el sistema de tercios'". *Op. Cit.*, p. 28.

(25) Ziffer, P., "Problemática de la individualización de la pena". *Op. Cit.*, pp. 107-108.

31 Una vez esclarecida la problemática de que el órgano jurisdiccional debe realizar la individualización de la pena en el interior del marco ofrecido por el espacio punitivo o pena básica, el siguiente paso consiste en "precisar o integrar (si no están previstos por la penalidad conminada) sus límites iniciales (límites mínimos) y finales (límites máximos)". "Luego, debe determinarse la progresión en años que contiene el espacio punitivo", por medio, la diferencia entre el marco máximo y el marco mínimo de pena conminada, obteniendo el intervalo de punición. El próximo paso implica multiplicar por doce el número de años que equivale al espacio punitivo que ha sido identificado, con vistas a obtener un producto en meses. Este último resultado será dividido entre 3, "que será la constante cuantitativa que se utilice para fijar la extensión que corresponderá a cada uno de los tres segmentos o tercios que internamente delimitarán el espacio de punición". El intervalo de cada segmento se obtiene por la suma de la constante cuantitativa que ha sido identificada al marco mínimo a que corresponde[26].

32 El intervalo del primer segmento corresponde a la suma de la constante cuantitativa que ha sido identificada para cada tercio más el mínimo abstracto previsto en el tipo penal. Así, el primer segmento corresponde a una moldura en la cual el marco mínimo (o inferior) es el marco mínimo abstractamente previsto; y el marco máximo (o superior) es el resultado de la suma del marco mínimo abstractamente previsto en el tipo con la constante cuantitativa que ha sido identificada para cada tercio.

33 El intervalo del segundo segmento corresponde a la suma de la constante cuantitativa que ha sido identificada para cada tercio, al que ha sido identificado como marco máximo (o superior) del primer tercio, que pasa a ser el marco mínimo (o inferior) del segundo. Así, el segundo segmento corresponde a una moldura en la cual el marco mínimo (o inferior) es el marco máximo del primer segmento y el marco máximo (o superior) es el resultado de la suma de este marco mínimo y la constante cuantitativa que ha sido identificada para cada tercio.

34 El intervalo del tercer segmento corresponde a la suma de la constante cuantitativa que ha sido identificada para cada tercio al que ha sido identificado como marco máximo (o superior) del segundo tercio, que pasa a ser el mínimo (o inferior) del tercero. Así, el tercer segmento corresponde a una moldura en la cual el marco mínimo (o inferior) es el marco máximo del segundo

(26) Prado Saldarriaga, V., *La determinación judicial de la pena en la Ley 30076. Op. Cit.*, p. 52 ss.

segmento y el marco máximo es el marco máximo (o superior), abstractamente previsto en el tipo penal.

"Cabe anotar que los límites máximos del primer y segundo segmento 35
cumplen una doble función delimitadora al constituir también el límite mínimo de los espacios segundo y tercero, respectivamente"(27).

El paso a seguir "comprende la búsqueda y señalamiento de las circuns- 36
tancias agravantes o atenuantes genéricas que concurren en el delito cometido. Para ello es menester tener como referencia fáctica y jurídica los listados o catálogos circunstanciales consignados en los incisos 1 (ocho circunstancias atenuantes) y 2 (trece circunstancias agravantes) del artículo 46. Luego, se debe ubicar la pena concreta en el tercio que corresponda según la presencia singular o plural de circunstancias y la calidad atenuante o agravante que estas tengan"(28).

A esto se añade que "es importante precisar que el valor cuantitativo de 37
cada circunstancia (en años, meses o días de pena privativa de libertad) puede lograrse dividiendo la extensión del espacio inicial o tercio inferior entre 8, si son atenuantes genéricas". "Igual operación, pero en base a la extensión del tercio superior, y con un divisor de 13, se hará para determinar la equivalencia de cada circunstancia o agravante genérica"(29).

Luego se debe ubicar la pena concreta en alguno de los tercios, según la 38
presencia de circunstancias atenuantes o agravantes en el hecho.

El artículo 45-A, 2, literal a), establece que "cuando no existan atenuan- 39
tes ni agravantes o concurran únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina dentro del tercio inferior". Sobre esto se argumenta que "no puede decirse que debería imponerse la misma pena cuando se verifique una o más circunstancias 'genéricas' atenuantes, que donde no se verifiquen atenuantes". Así, por invocación del principio de la proporcionalidad se sostiene que "en el caso de encontrarse solo circunstancias atenuantes, la pena concreta deberá partir del extremo mínimo legal establecido para la pena básica, en tanto que de verificarse una inexistencia absoluta de atenuantes y agravantes, la pena concreta debería estar más lejana de este punto inicial"(30).

(27) Ibídem, p. 53.
(28) Ídem.
(29) Ídem.
(30) Páucar Chappa, M., "Nuevas reglas de determinación de la pena: 'el sistema de tercios'". *Op. Cit.*, p. 36.

40 El artículo 45-A, 2, literal b), establece que "cuando concurran circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio". Sobre esto ha sido advertida la ocurrencia de dos situaciones claramente diferenciadas, conforme converjan la misma cantidad de atenuantes y agravantes o que confluyan más circunstancias de una clase que la otra. Ante esta hipótesis se ha sostenido que "si se verifican igual número de circunstancias atenuantes y agravantes, la pena concreta debe fijarse en el punto medio del tercio intermedio, que es, a su vez, el punto equidistante entre el mínimo y el máximo de la pena básica". Todavía, "si se verifican más circunstancias atenuantes que agravantes, la pena concreta se aproximará más al extremo inicial del tercio intermedio, en tanto que, si confluyen más circunstancias agravantes que atenuantes, la pena concreta se acercará más al extremo final del tercio intermedio"[31].

41 El artículo 45-A, 2, literal c), establece que "cuando concurran únicamente circunstancias agravantes, la pena concreta se determina dentro del tercio superior". En este caso, "el rango estará comprendido desde el inicio del tercio superior hasta el extremo máximo de este, que es, a su vez, es el máximo de la pena conminada del tipo penal"[32].

42 Un problema especial suscita la previsión contenida en el numeral 3 del artículo 45-A del CP peruano, que se refiere a "circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas". Acerca de las primeras, un sector de la doctrina entiende que son circunstancias atenuantes privilegiadas aquellas que están previstas en la Parte General y que, entre otras, están relacionadas a la tentativa, al exceso en un causa de justificación, error de prohibición vencible (eximentes imperfectas)[33], etc. Otro sector ubica las circunstancias atenuantes –"inexistentes, según su punto de vista, en el Código Penal o en las leyes que integran el Derecho penal accesorio o complementario nacional"– en una clase denominada "causales de disminución de punibilidad"[34]. En refuerzo en este último sentido, se añade que se trata del uso de "conceptos prácticos incorrectos o distorsionados", "denominar y entender que *la confesión sincera, la tentativa o la complicidad secundaria son todas circunstancias atenuantes*"[35].

(31) Ibídem, p. 37.
(32) Ibídem, p. 39.
(33) Oré Sosa, E., "Determinación judicial de la pena, reincidencia y habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la Ley N° 30076". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal* T. 51, pp. 3-4; Páucar Chappa, M., "Nuevas reglas de determinación de la pena: 'el sistema de tercios'". *Op. Cit.*, p. 32.
(34) Prado Saldarriaga, V., *La determinación judicial de la pena en la Ley 30076*. *Op. Cit.*, p. 20.
(35) Ibídem, p. 25.

Si se asume el primer postulado, se advertirá que el legislador peruano no 43
ha indicado "hasta dónde se ha de extender el espacio punitivo ante la concurrencia de atenuantes privilegiadas", quedando sin indicación "la proporción por debajo del mínimo hasta donde procede la reducción de la pena". Ante dicho problema se hace la sugerencia de que "una opción sería entender que podría reducirse hasta el mínimo previsto para las penas privativas de libertad, esto es, dos días", pero con la indicación de que "sería aconsejable modificar de una vez el artículo 29 del CP y elevar la duración mínima de este tipo de pena, pues existe consenso en repudiar penas privativas de libertad de cortísima duración". La otra opción sería fijar en una futura reforma del CP peruano "la proporción en que se ha de disminuir las penas en los casos de tentativa" y de las eximentes imperfectas(36).

Además de la divergencia en cuanto a la existencia y contenido de las 44
circunstancias atenuantes privilegiadas, hay una divergencia doctrinal sobre el sistema operativo a que da lugar el literal a), del inciso 3, del artículo 45-A del CP peruano, en el cual están previstas.

Por un lado, se parte de la perspectiva de que, por el hecho de que no 45
han sido contempladas en el CP, las hipótesis que son indicadas como circunstancias atenuantes privilegiadas en el literal a) del inciso 3, del artículo 45-A del CP peruano son, en verdad, "causales de disminución de punibilidad con operatividad y eficacia diferente de aquellas". Desde esta perspectiva, "su eficacia incide directamente sobre la estructura de la pena conminada. Esto es, sus efectos alteran o modifican los límites mínimos o máximos de la penalidad legal prevista para el delito, configurando un nuevo marco de conminación penal" y en lo particular "se debía considerar un nuevo mínimo legal 'hasta una mitad por debajo del mínimo legal' original fijado para el delito y que asumiría la condición de límite máximo"(37). Este arreglo permite suponer que, así las cosas, esta propuesta de sistema operativo "comprende dos operaciones. La primera se concreta al ubicar la posibilidad punitiva en un punto inmediato inferior al que corresponde al límite mínimo de la penalidad conminada para el delito correspondiente (...). El segundo paso a seguir implica una degradación punitiva, *siempre en línea descendente*, la que tendrá como único límite la proporcionalidad de una lectura razonable y prudente del suceso fáctico, de sus dimensiones antijurídicas (por ejemplo tentativa inacabada o acabada u omisión impropia), así como de los niveles de intervención

(36) Oré Sosa, E., "Determinación judicial de la pena, reincidencia y habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la Ley N° 30076". *Op. Cit.*, p. 4.

(37) Prado Saldarriaga, V., *La determinación judicial de la pena en la Ley 30076. Op. Cit.*, p. 41.

de las personas implicadas"[38]. Así, en conformidad a este entendimiento, las causales de disminución de punibilidad que se refieren a las hipótesis de las circunstancias atenuantes privilegiadas deben influenciar en la fase de determinación que tiene lugar antes del análisis de los tercios y, según parece, se refieren a la valoración del injusto y de la culpabilidad.

46 Distinta de la interpretación anterior, desde otra perspectiva, se parte de la idea de que las hipótesis mencionadas en el literal a) del inciso 3, del artículo 45-A del CP peruano se traducen en circunstancias atenuantes privilegiadas. Desde esta óptica, teniendo en cuenta que en estos casos el legislador ha establecido que "la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior", se sostiene que "el marco penal abstracto, desde un principio, siempre se habrá de dividir en tres, sea que concurran o no circunstancias agravantes cualificadas o atenuantes privilegiadas". En la última de las mencionadas hipótesis, la pena concreta se ha de ubicar "en el tercio inferior o hasta donde opere la atenuante privilegiada". Después de esto, se debe proceder a individualizar la pena, para lo cual se ha de atender a las circunstancias de agravación y atenuación genérica del artículo 46 del CP y a los factores de fundamentación y determinación de la pena (Art. 45 CP)[39].

47 Desde la consideración de que el legislador ha hecho mención a las modalidades *privilegiadas* y *cualificadas* de circunstancias atenuantes y agravantes, respectivamente, en el literal c) del inciso 3 del artículo 45-A, del CP peruano, la regla es sometida a críticas en la medida que se afirma que "los casos de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, donde la pena concreta se determina dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito", en realidad, se trata de una compensación. La crítica reside en que esto "supone simplemente una anulación de ambas circunstancias; lo que sería más criticable cuando la atenuante privilegiada puede reducir la pena en una proporción o cantidad mayor que el incremento de la agravante cualificada"[40].

48 Es posible que acerca del mismo hecho delictivo se verifique la "presencia conjunta de varias circunstancias de igual o distinta naturaleza y efectividad" con la caracterización de una concurrencia de circunstancias. Desde luego, hay que distinguir si se trata de circunstancias concurrentes homogéneas, es decir, todas agravantes o todas atenuantes; o circunstancias concurrentes

(38) Ibídem, p. 56.
(39) Oré Sosa, E., "Determinación judicial de la pena, reincidencia y habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la Ley N° 30076". *Op. Cit.*, pp. 6-7.
(40) Ibídem, p. 7.

heterogéneas, agravantes y atenuantes. Acerca de estas hipótesis se sostiene que "todas las circunstancias presentes en el caso *sub judice* deberán ser evaluadas, atendiendo a su condición, naturaleza y efectos, para poder configurar la pena concreta". De esto resulta que en la hipótesis de concurrencia homogénea en la cual se verifique un mayor número de circunstancias agravantes concurrentes, la posibilidad de alcanzar el extremo máximo de la pena básica será mayor; al revés, "la pluralidad de circunstancias atenuantes llevará el resultado de la cuantificación punitiva, hacia el extremo mínimo de la pena prevista para el delito cometido"(41).

En la hipótesis de concurrencia heterogénea de circunstancias, es decir, si 49
se verifica la coexistencia simultánea de circunstancias agravantes y atenuantes, hay que buscar una "compensación racional entre los factores de aumento y disminución de la sanción penal"(42).

Según se sostiene, "la eficacia de las circunstancias concurrentes quedará 50
siempre limitada, en primer lugar, a que las circunstancias concurrentes tengan la misma naturaleza y eficacia operativa". Así, "solo puede haber concurrencia entre circunstancias genéricas o entre circunstancias específicas, sean estas agravantes o atenuantes. No cabe la concurrencia entre circunstancias genéricas y circunstancias específicas, pues son incompatibles". "En segundo lugar, también será imposible, por incompatibilidad basada en el *ne bis in idem*, la concurrencia de circunstancias *que se refieran al mismo indicador o factor de agravación o atenuación o que ya integren el tipo penal del delito*. Lo cual es claramente señalado en los dos incisos del artículo 46 donde se advierte que solo tienen eficacia las circunstancias 'que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible'". En la hipótesis de concurrencia de circunstancias agravantes específicas de distinto grado o nivel, en las que hay una previsión de catálogos distintos de circunstancias para un mismo delito, con diferentes grados o niveles, "que generan escalas punitivas diferentes y ascendentes entre sí", la solución indicada es que "la circunstancia de mayor grado absorberá a las de grado inferior", de modo que la pena concreta deberá ser determinada entre los límites mínimo y máximo del marco penal previsto para esta agravante de mayor gravedad(43). Por ejemplo, si concurren más de una de las tres circunstancias específicas agravantes previstas para el delito de robo, deberá ser considerado el marco

(41) Prado Saldarriaga, V., *La determinación judicial de la pena en la Ley 30076*. *Op. Cit.*, pp. 42-43.
(42) Ibídem, p. 43.
(43) Ibídem, p. 45; Páucar Chappa, M., "Nuevas reglas de determinación de la pena: 'el sistema de tercios'". *Op. Cit.*, p. 35.

penal previsto para el caso de la circunstancia más grave, y en su interior se identificará la pena básica o espacio punitivo.

51 Esta postura ha sido acogica en la jurisprudencia: "En estos casos la circunstancia de mayor grado absorberá el potencial y eficacia agravante de las de grado inferior. Por consiguiente, ella operará como pena básica a partir de la cual el juez determinará la pena concreta a imponer. Por tanto, ante tal concurrencia de circunstancias agravantes el juez deberá decidir la pena concreta en base a la escala punitiva de la agravante específica de mayor grado o nivel" (AP N° 2-2010/CJ-116, del 16 de noviembre de 2010).

52 Volviendo al punto, tenemos que después de la identificación del espacio punitivo a que corresponde la pena básica –y en su interior identificados los intervalos correspondientes a los tercios–, deben ser apreciadas determinadas "circunstancias concurrentes en la realización del delito", que pueden influir en la determinación de la pena concreta.

III. Responsabilidad y gravedad (Art. 45-A)

53 En el artículo 45-A CP peruano ha sido establecido que "para determinar la pena dentro de los límites fijados por ley, el juez atiende a la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido".

54 Sin duda, se trata del punto más sencillo en la individualización de la pena, pues se refiere a los criterios que deben ser considerados y fundamentados por el órgano jurisdiccional, más allá de la simple necesidad de aclaración del sistema operativo que debe ser utilizado. Por tanto, de entre las cuestiones suscitadas, merecen atención especial los criterios de "la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido" que han sido previstos para esta actividad.

55 Así, desde luego, resulta necesaria una aproximación en torno a los posibles sentidos de los términos "responsabilidad y gravedad del hecho punible" que han sido considerados en el artículo 45-A del CP peruano.

56 Al respecto, con relación a los mismos términos que ya se consagraban en el artículo 46 –en la redacción anterior a la Ley N° 30076, del 19 de agosto de 2013– ha sido afirmado que "si es cierto que 'la responsabilidad y gravedad del hecho punible' son las bases de tasación de la pena a las que debe acudir el juez, ello significa que tanto las nociones de injusto como la de culpabilidad –responsabilidad en sentido estricto– suministran las dos pautas genéricas de tasación de la pena: el grado de injusto y el grado de culpabilidad, notas propias de un Derecho penal orientado hacia la retribución, entendida

como límite al ejercicio del *ius puniendi* del Estado que es acorde con los principios del acto, de protección de bienes jurídicos, de culpabilidad, y de proporcionalidad". En lo específico, ha sido añadido que "de todas maneras, la locución responsabilidad se emplea en un doble sentido: uno estricto, que la hace equivalente a la culpabilidad (Art. 46); y, otro amplio, como comprensiva de cualquier situación atinente a las diversas categorías del hecho punible"(44).

En líneas generales, esto se acerca a la idea de que "el grado de la pena solo 57
puede determinarlo el grado de la acción ilícita y el de responsabilidad por ella. Lo contrario importaría el desconocimiento de la garantía del Derecho penal de acto en el momento decisivo de actuación del poder penal del estado"(45).

Acerca de esto, haciendo un ejercicio para diferenciar *responsabilidad* (*Unrecht*) y *culpabilidad del delincuente* (*Schuld*) se aclara que "'responsabilidad' se refiere al hecho criminal; su antijuricidad y sus consecuencias son juzgadas desde una perspectiva exterior. Establecer la culpabilidad, por otro lado, significa evaluar las deficiencias personales del delincuente desde una perspectiva interna". A partir de esta distinción se concluye que "la determinación crucial es si la responsabilidad puede ser totalmente atribuida al delincuente"(46). De ello se sigue que, a partir del reconocimiento de que "'responsabilidad' es ocasionalmente equiparada con 'daño'" se aclara que "la referencia al daño, que es el resultado de una intrusión, no cubre totalmente el alcance de circunstancias objetivas que influencia el grado de responsabilidad"(47). 58

De la misma manera, después de las modificaciones introducidas por la 59
Ley N° 30076, del 19 de agosto de 2013, en el mismo sentido ha sido afirmado que "la instancia de determinación judicial o de individualización de la pena, por el contrario, no se realiza en abstracto, sino que atiende a las especificidades del caso concreto: mira tanto al delito cometido (injusto) como a la culpabilidad del autor"(48). Así, en el ordenamiento jurídico peruano la tesis sostenida respecto de lo regulado por el CP peruano –tanto anterior cuanto posterior a la Ley N° 30076, del 19 de agosto de 2013– ha sido que en la

(44) Velásquez Velásquez, F., *Los criterios de determinación de la pena en el C. P. peruano de 1991. Op. Cit.*, pp. 9 y 24, n. 31.
(45) Magariños, M., "Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena". En: Beloff, M. y otros, *Determinación judicial de la pena*, p. 78.
(46) Hörnle, T., *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*, p. 90.
(47) Ibídem, p. 91.
(48) Oré Sosa, E., "Determinación judicial de la pena, reincidencia y habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la Ley N° 30076". *Op. Cit.*, p. 1.s

determinación de la pena en sentido estricto "solo operan el grado de injusto y el grado de culpabilidad como criterios de individualización de la misma"(49).

60 Esta perspectiva se acerca a la concepción indicada como una aproximación a la *Teoría de determinación de la pena proporcional*, explicada al inicio, en la medida en que parte de un cambio del "foco de atención: de la noción de 'culpabilidad' a la noción de 'gravedad del delito'. La seriedad del delito depende de la responsabilidad objetiva (daño, en otras palabras) y de la responsabilidad subjetiva (las intenciones, grado de negligencia) así como de la culpabilidad individual"(50).

61 En líneas generales, de lo que se trata es de una orientación de la teoría de la medición de la pena "a la moderna teoría del delito"; por tanto, como ya ha explicado anteriormente, sería necesaria la orientación de la medida de la pena al injusto del hecho y a la "precisión de los componentes de la culpabilidad"(51). En síntesis, "la justificación del criterio de decisión se facilita, si la decisión sobre el 'cuánto' de la pena puede remitirse al criterio del 'sí' de la pena"(52).

62 Incluso, en tono crítico, se afirma que "solo las teorías penales que rechacen la noción de carencia de base y expliquen el castigo legal respecto a beneficios futuros para el delincuente o la sociedad no necesitan descubrir métodos para evaluar la severidad del delito"(53).

63 En el ordenamiento jurídico alemán –a partir de la vinculación del injusto y la culpabilidad– se extrae una constatación inicial en el sentido de "la adhesión a una *valoración retrospectiva del hecho* como fundamento de la medición de la pena", la cual –según se sostiene– implica que la intervención de factores preventivos, particularmente "preventivo-especiales u otras específicas del autor, no puede ser objeto" de análisis en este momento. A favor de este último punto se encuentra la contundente afirmación de que "el punto de partida de la determinación de la pena no debería estar determinado por consideraciones

(49) Velásquez Velásquez, F., *Los criterios de determinación de la pena en el C. P. peruano de 1991. Op. Cit.*, p. 11.

(50) Hörnle, T., *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania. Op. Cit.*, p. 36. Con la misma fuente (p. 83), "culpa y tratamiento severo están, por lo tanto, entrelazados con el efecto que la severidad de la sanción necesariamente comunica el grado al cual el ofensor es culpable". Sigue que "esto es lógico para concluir que el monto de la pena debería reflejar la culpabilidad, es decir, la severidad del delito. Si la sanción no es proporcional con la severidad del delito, la característica de la culpa se distorsiona.

(51) Ibídem, p. 68.

(52) Ibídem, p. 69.

(53) Ibídem, p. 81.

preventivas". Incluso, desde consideraciones propiamente terminológicas, se sostiene que este sentido de "valoración retrospectiva del hecho podría haberse formulado de otra manera", por medio de la referencia en la legislación "a la gravedad del hecho" y a la culpabilidad en atención a la necesidad de proteger "al penado de penas drásticamente elevadas en función de fines de intimidación o de aseguramiento"(54).

64 Por tanto, desde el reconocimiento, por un lado, de una relación entre determinación de la pena y, por otro lado, de la culpabilidad –aunque en la forma de una responsabilidad en sentido estricto– es necesario intentar una aproximación al contenido. Es decir, "al quedar reducida la cuestión al problema de la cuantificación del ilícito y de la culpabilidad, todo parece haberse simplificado. Pero, esto es solo aparente, ya que mientras que la determinación de la culpabilidad –en tanto existencia de un ilícito reprochable al autor– se encuentra medianamente acotada, su graduabilidad es la que plantea las mayores dificultades"(55).

65 Desde luego, lo primero que se tiene que considerar es la característica graduable del injusto y de la culpabilidad. Así, "injusto y culpabilidad (así como punibilidad) constituyen magnitudes materiales graduables". Desde esta perspectiva, se sigue que "el acto de determinación judicial de la pena se configura esencialmente como aquel, en virtud del cual se constata el concreto contenido de injusto, culpabilidad y punibilidad de un determinado hecho, traduciéndolo en una determinada medida de pena"(56).

66 Así, la determinación de la pena "depende, pues, básicamente, de las categorías del injusto objetivo (de la acción y 'del resultado'), del injusto subjetivo y de la culpabilidad"(57), como componentes elementales de la teoría del delito.

67 Sin embargo, "el método de cuantificación del injusto tiene que ver con el concepto de injusto de que se parta; y, otro tanto, sucede con en el caso de

(54) Ibídem, pp. 45 y 46.

(55) Ziffer, P., "Problemática de la individualización de la pena". *Op. Cit.*, p. 98.

(56) Silva Sánchez, J., "La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático) un primer esbozo". *Op. Cit.*, p. 5. Acerca del "reconocimiento de que el injusto de un hecho es graduable": Hörnle, T., *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*. *Op. Cit.*, p. 49; Ziffer, P. "Problemática de la individualización de la pena". *Op. Cit.*, p. 99.

(57) Silva Sánchez, J., "La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático) un primer esbozo". *Op. Cit.*, p. 8.

la culpabilidad. En función del concepto de partida, adquirirán relevancia cuantificadora unas circunstancias u otras (o lo harán en medida diversa)"[58].

68 Sin entrar en detalles acerca de las dos categorías, se puede decir que la medida del injusto se obtiene según el mayor o menor desvalor de la conducta y según el mayor o menor desvalor del resultado. Como criterios para evaluar el desvalor de la conducta es posible indicar la mayor o menor facilidad en el cometimiento del delito, el mayor peligro que la forma de ejecución genera para el bien jurídico y la relación existente entre el agente y el interés que la norma busca resguardar, en especial si el autor se encuentra en una relación especial de garante respecto a ese interés. Como criterio para evaluar el desvalor del resultado es posible indicar el grado de afectación (lesión o exposición a peligro) generada para el bien jurídico. La medida de la culpabilidad puede ser identificada según la mayor o menor defraudación de la exigibilidad de comportamiento, en conformidad con la norma y, pues, según el grado de la actitud contraria a la norma con que ha procedido el agente[59].

69 En línea con esta diferenciación se encuentra la tesis de que el desvalor del resultado (*Erfolgsunrecht)* se refiere a las consecuencias negativas de un hecho criminal; así, el concepto es análogo a daño". Ya el desvalor de la conducta (*Handlungsunrecht*) amplía la perspectiva en el sentido de "la responsabilidad de un hecho, pero no los resultados del hecho"[60].

70 Trazadas las características generales de ambas categorías, importa, pues, una mayor aproximación al contenido de cada una de ellas, con miras a una mayor funcionalidad y a su influencia en la determinación de la pena.

1. Injusto

71 Así, en la determinación de la pena debe ser valorada "la gravedad del hecho, (...), o, más precisamente formulado, el injusto del hecho". En tal sentido, como primer paso para la gradación del injusto en la determinación de la pena se hace la sugerencia de "apoyarse en la teoría del delito, en la diferenciación entre *injusto de resultado* e *injusto de acción*, con la indicación de que "tarea esencial de un derecho moderno de medición de la pena es el ulterior desarrollo y puntualización de este dato". Es evidente, que se trata de la

(58) Ibídem, pp. 8-9.
(59) Por referencia a un análisis de ejemplo jurisprudencial hecha en ibídem, p. 4, n. 4.
(60) Hörnle, T., *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania. Op. Cit.*, p. 91.

necesidad de desarrollar criterios para averiguar la medida tanto del injusto de resultado como de determinar "qué facetas de la conducta del autor influyen en el injusto de acción"(61).

72 Ante la fuerte divergencia en cuanto al reconocimiento de un concepto material de delito –*también para los fines de determinación de la pena*– con base en "un concepto de injusto vinculado a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, en el que se integran luego los elementos subjetivos" o –distintamente, con base "en la puesta en cuestión– el no reconocimiento o la desatención del derecho", está el planteamiento que considera que la disyuntiva entre ambos conceptos de injusto no parece correcta. Se parte, pues, de la idea de "que existen relaciones cruzadas entre el concepto ideal-comunicativo (negación de la norma) y el concepto empírico de injusto (lesión o puesta en peligro de un bien jurídico)". De ello se sigue, "por un lado, que la negación del derecho (concepto ideal-comunicativo) tiene que ver con la lesión del bien jurídico (concepto empírico) y abarca el dolo, la peligrosidad de las conductas, la corresponsabilidad de la víctima, etc."; con la consecuencia de "que el injusto empírico dé pie a muchos criterios de medición de la pena". "Pero, por otro lado, el concepto empírico de injusto (lesión o puesta en peligro de un bien jurídico) tiene graves dificultades para explicar todos los casos de injusto penalmente relevante", el que impone la necesidad de "acoger un concepto real de injusto que incorpore, junto a la dimensión empírica (lesión o puesta en peligro de un bien jurídico), la dimensión comunicativa (o de negación de la norma)". "Esta última es, además, la única que puede dar razón de la relevancia en la determinación de la pena de una serie de factores (por ejemplo, los motivos del agente o la infracción de deberes por parte de este) que, sin ella, quedarían desprovistos de fundamento categorial"(62). Se puede decir que en el último de los mencionados sentidos, "la individualización de la pena es el acto por el cual el juez pondera la infracción a la norma y la transforma en una medida de pena determinada"(63).

73 Acerca de esto ha sido afirmado que el grado de injusto como criterio de tasación de la pena "se utiliza en codificaciones penales como la peruana, pues,

(61) Ibídem, p. 50.

(62) Silva Sánchez, J., "La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático) un primer esbozo". *Op. Cit.*, p. 11. Acerca de la perspectiva empírica se afirma, pues, que "tampoco la doctrina cuestiona ya de modo serio que la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por la norma penal objetivamente acaecida influya directamente en la medida de la pena", Cfr. Hörnle, T., *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania. Op. Cit.*, p. 49.

(63) Ziffer, P., "Problemática de la individualización de la pena". *Op. Cit.*, p. 91.

para el legislador, no es lo mismo cometer una conducta típica y antijurídica de hurtar una mercancía en un almacén de cadena que una de asesinar a un grupo de niños con un coche-bomba"(64).

74 Se hace mención, pues, a la intensidad lesiva objetiva de la conducta del autor del delito, por referencia a la gravedad del peligro o de los daños provocados.

75 Fijados algunos elementos del injusto del resultado, acerca de la otra faceta se afirma que, "hasta ahora, en el derecho de medición de la pena no se ha discutido con precisión sobre los factores que conforman la extensión del injusto de acción. Precisamente por ello, existe el peligro de que se hagan pasar, de forma irreflexiva o decorativa, consideraciones preventivas como valoraciones de injusto"(65).

76 Además de la referencia al injusto en el sentido empírico, razón asiste al comentario en el sentido de que "parece que no puede obviarse el hecho de que la actitud interna contraria al derecho constituye la pieza central del injusto entendido en sentido ideal (concepto ideal-comunicativo, relacionado a la negación de la norma). Esta perspectiva justifica el traslado de la actitud interna, en tanto que trascendente intersubjetivamente a una concepción comunicativa del injusto, en la que, además de la base empírica de peligro o lesión de un bien jurídico, se tenga en cuenta el aspecto simbólico de mayor o menor negación del derecho"(66). Es decir, al revés de proyectar reflejos en un censurable concepto de culpabilidad no inherente al hecho, la actitud interna contraria al derecho proyecta efectos en el injusto, en su particular manifestación en sentido ideal, en cuanto negación a la norma.

2. Culpabilidad

77 La determinación de la pena debe ser hecha por la valoración no solo del injusto, en cuanto gravedad del hecho, "sino también, y de manera esencial, por el contenido semántico y la importancia que se atribuya a la 'culpabilidad personal del autor'"(67). Es decir, "la magnitud de la pena es siempre

(64) Velásquez Velásquez, F., *Los criterios de determinación de la pena en el C. P. peruano de 1991. Op. Cit.*, p. 16.

(65) Hörnle, T., *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania. Op. Cit.*, p. 50.

(66) Silva Sánchez, J., "La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático) un primer esbozo". *Op. Cit.*, p. 12.

(67) Hörnle, T., *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania. Op. Cit.*, p. 51.

expresión de la ponderación del ilícito culpable; no es otra cosa que la 'cuantificación de la culpabilidad'"[68].

Así, "para el Derecho penal de acto uno de los criterios básicos de indi- 78
vidualización de la pena es el grado de culpabilidad, de tal manera que al agente se le impone mayor o menor sanción atendiendo a la entidad del juicio de exigibilidad, enlazando así con el apotegma de culpabilidad que suministra uno de los pilares fundamentales para la tarea de cuantificación penal"[69]. Con mucho énfasis se ha sostenido, pues, que se vulnera el principio de culpabilidad "cuando no se tiene en cuenta el grado de culpabilidad como criterio de determinación o tasación de la pena, en virtud del cual la culpabilidad sirve como punto de referencia para su medida"[70].

También en otros ordenamientos jurídicos, como en el ordenamiento jurí- 79
dico alemán, se sostiene que "la colpevolezza fonda e limita la pena" y que el § 46, *StGB* (Código Penal alemán) reafirma "innanzitutto che non può esserci pena senza colpevolezza", que "ad ogni modo, com quel tipo di definizione si colega anche l'idea che pena giusta può essere solo quella adeguata ala colpevolezza"[71]. Aún por referencia al mencionado ordenamiento jurídico en la jurisprudencia, la decisión *BGHSt* 24, 40, asevera que "la pena tiene en la medida de la *culpabilidad* tanto su fundamento como su límite"[72].

Sin embargo, no se puede desconocer la existencia de oposiciones a esa 80
afirmación sosteniendo que "la referencia a una ininteligible 'culpabilidad en la medición de la pena' únicamente esconde valoraciones subjetivas, en determinadas circunstancias impregnadas de emociones, y parciales del juez penal".

(68) ZIFFER, P., "Problemática de la individualización de la pena". *Op. Cit.*, pp. 91 y 99.

(69) VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F., *Los criterios de determinación de la pena en el C. P. peruano de 1991. Op. Cit.*, p. 15.

(70) Ibídem, p. 16.

(71) VOLK, K., *Introduzione al diritto penale tedesco. Parte generale*, p. 27.

(72) ESER, A. / BURKHARDT, B., *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, p. 38, n. m. 48. Todavía no hay que despreciar el acercamiento de muchas otras decisiones jurisprudenciales a un sentido más de fundamento de la culpabilidad. En la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal (*BGH*) se afirma en *BGHSt* 24, 134, que "la pena no puede desvincularse en cuanto a su contenido ni arriba ni abajo de su determinación como compensación justa de la culpabilidad". En el mismo sentido, *BGHSt* 2, 200 (1952), según la cual "la pena presupone culpabilidad. Culpabilidad es reprobabilidad. El fundamento interior del juicio de reprobación de culpabilidad consiste en que el hombre dispone de una capacidad libre, responsable y moral de autodeterminación y que, por tanto, puede decidirse por el derecho contra su negación"; *BVerfGE* 20, 331 (1966), según la cual la pena sin culpabilidad sería "una retribución incompatible con el principio del Estado de derecho que lesionaría al afectado en su derecho fundamental emergente del artículo 2, inciso 1 de la *G.G. –Grundgesetz* (Ley Fundamental)–".

O, de forma todavía más elaborada, "la fundamentación de una 'pena adecuada a la culpabilidad' es solo el aseguramiento posterior de una decisión que realmente tiene lugar a causa de las necesidades psicológicas de pena *(Strafbedürfnisse)* de quien falla"(73).

81 Hecha la ponderación, efectivamente cabe reconocer que en la mayoría de los modelos teóricos de determinación *judicial* de la pena se verifica una vinculación entre pena y culpabilidad(74), en especial en el momento de su individualización.

82 Fijada, pues, su importancia, "fácticamente, el operador jurídico necesita criterios para concretar la pena adecuada a la culpabilidad en una determinada medida de pena"(75).

83 Ante esto, se debe advertir que es objeto de fuertes cuestionamientos la diferenciación tradicional que se hace entre culpabilidad como fundamento de la pena (*Strafbegründungsschuld*), relacionada a la imputación jurídico-penal, y culpabilidad como criterio para la medida de la pena (*Strafzumessungschuld*), en este último sentido relacionada al juicio de reproche o de responsabilidad. Es decir, hay una pelea doctrinal en torno a la aceptación de que el contenido de la culpabilidad prevista en diversos ordenamientos jurídicos como criterio para la determinación de la pena sea el mismo que el de la culpabilidad en la teoría jurídica del delito.

84 Parte de la doctrina del ordenamiento jurídico alemán entiende que "la llamada culpabilidad en la medición de la pena no es idéntica a la culpabilidad como fundamento de la pena". Desde esta perspectiva, la pena adecuada a la culpabilidad, prevista en el *StGB* como criterio para la determinación de la pena, "tiene que orientarse a la gravedad del hecho y al grado de culpabilidad personal del autor". Es decir, si bien la referencia hecha por el legislador a la culpabilidad no se trata de la noción estricta de la culpabilidad de la

(73) Información de Hörnle, T., *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania. Op. Cit.*, p. 44.

(74) Wessels, J., *Derecho penal. Parte general*, p. 4. Para una noticia acerca del mantenimiento del principio de la culpabilidad como base de la teoría de las consecuencias jurídicas del delito en el ordenamiento jurídico alemán, en que pese a la existencia de proyectos (proyecto alternativo) en el sentido de la introducción de una mayor valoración de los fines de naturaleza preventiva, consultar: Eser, A. "The politics of criminal law reform Germany". En: *The American Journal of Comparative Law* Vol. 21, Nº 2, pp. 245-262.

(75) Hörnle, T., *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania. Op. Cit.*, p. 42.

teoría jurídica del delito, sí implica la gravedad del hecho y el grado de culpabilidad del autor(76).

En líneas generales, se trata del reconocimiento de que es posible cuestionar la referencia a la culpabilidad "para fundamentar la potestad penal estatal, sin embargo, ahora debe servir para limitarla". Hay, pues, "una diferencia fundamental entre utilizar la idea de culpabilidad para entregar al particular a merced del poder del Estado, y emplearla para preservarle del abuso de dicho poder". Así, el concepto de culpabilidad "tiene la función de asegurar al ciudadano que el Estado no extienda su potestad penal en interés de la prevención general o especial más allá de lo que corresponde a la responsabilidad de un hombre concebido como libre y capaz de culpabilidad"(77). 85

En el mismo sentido, el ordenamiento jurídico-penal peruano contempla una diferenciación parecida –aunque con reparos en cuanto a su consideración como fundamento– respecto a que el principio de culpabilidad "implica dos cosas distintas: en primer lugar, no puede ser castigado quien actúa sin culpabilidad, de donde se deriva la exclusión de la responsabilidad objetiva o responsabilidad por el mero resultado; y, en segundo lugar, la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad y su imposición se hace atendiendo al grado de culpabilidad"(78). 86

Contra la mencionada diferenciación se sostiene que se trata de una distinción exclusivamente terminológica, pues entre fundamento de la pena y su medida subsiste una relación general de dependencia(79). Así, "la culpabilidad tiene carácter *constitutivo* al determinar si se aplica o no una pena, en tanto para graduar la pena, resulta decisiva la *medida* de esa culpabilidad". De esto resulta que "el concepto de culpabilidad, al momento de graduar la pena, no puede ser otro que el de la teoría del delito"(80). 87

A partir de ello, en virtud de la conexión establecida con la culpabilidad, las hipótesis que pertenecen a este grupo son cuñadas como integrantes de 88

(76) Ibídem, pp. 48-49.
(77) Roxin, C., "Sentido y límites de la pena estatal". En: *Problemas básicos del Derecho penal*, pp. 29-30.
(78) Velásquez Velásquez, F., *Los criterios de determinación de la pena en el C. P. peruano de 1991. Op. Cit.*, p. 16; Oré Sosa, E., "Determinación judicial de la pena, reincidencia y habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la Ley N° 30076". *Op. Cit.*, pp. 14-15.
(79) Schünemann, B., "L'evoluzione della teoria della colpevolezza nella repubblica federale tedesca". En: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1990, pp. 3-35.
(80) Ziffer, P., "Problemática de la individualización de la pena". *Op. Cit.*, p. 99.

las *teorías de la retribución*[81]. Por lo que respecta al ordenamiento jurídico alemán, teniendo en cuenta lo previsto en el § 46, I, Nº 1 *StGB*, se afirma que "la culpabilidad del autor es el fundamento de la operación de la medida de la pena", no tiene que interpretarse necesariamente en el sentido de la teoría de la retribución, pero tampoco excluye una interpretación de este tenor[82]. En la misma línea y en complemento se argumenta que la adopción de una perspectiva dogmática en la determinación de la pena, que incluya la culpabilidad, no puede confundirse con una fundamentación exclusivamente retributiva del Derecho penal. "El que, previamente, (la dogmática de) la teoría del delito se haya configurado según un paradigma retributivo o preventivo, naturalista o normativista, con todas las diversas variables de estas concepciones, es una cuestión ajena al problema metodológico" de una comprensión dogmática de la determinación de la pena que incluya la culpabilidad[83]. Además, es necesario aclarar que las *teorías de la retribución* –en su sentido moderno– no deben entenderse como *teorías absolutas* que se fundamentan en la mera retribución por el hecho, sino como aquellas teorías retributivas que se centran en la retribución de la culpabilidad[84].

89 En este mismo sentido, desde el texto anterior del CP peruano ya se aclaraba que tanto el injusto y la culpabilidad como "las dos pautas genéricas de tasación de la pena" son "notas propias de un Derecho penal orientado a la retribución entendida como límite al ejercicio del *ius puniendi* del Estado"[85].

90 Por tanto, es posible reconocer un consenso tradicional y estabilizado en el sentido del vínculo entre la determinación de la pena y la culpabilidad.

91 De hecho, en un ordenamiento jurídico en el que se busque establecer una cierta racionalidad en la determinación de la pena, es importante que sea considerada también la medida de la culpabilidad en la verificación de la medida de la "responsabilidad" y, en especial, de la "gravedad del hecho punible". Es la "regla de oro" liberal de cualquier ordenamiento jurídico inspirado en el modelo de Estado de Derecho Democrático y Social. Se trata de una

(81) De entre las varias decisiones del Tribunal Constitucional Federal alemán en este sentido, consta en la *BverfGE* 22, 132, que "cualquier pena criminal es, según su esencia, una retribución mediante la causación de un mal".

(82) Roxin, C., *Derecho penal. Parte general,* p. 84, n. m. 6.

(83) Silva Sánchez, J., "La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático) un primer esbozo". *Op. Cit.*, p. 8.

(84) Volk, K., *Introduzione al diritto penale tedesco. Parte generale. Op. Cit.*, p. 23.

(85) Velásquez Velásquez, F., *Los criterios de determinación de la pena en el C. P. peruano de 1991. Op. Cit.*, p. 9.

indisponible garantía de los imputados en conformidad con el ya mencionado importante *principio de la pena justa*, es decir, pena que se vincula a un hecho y que, por lo tanto, puede ser justificada.

92 Hay un razonamiento, en cierta medida, lógico en contra de la tendencia preventiva en el Derecho penal. Es decir, si, como hemos visto –en términos generales–, la pena conminada es determinada predominantemente por criterios de prevención general (positiva), en el momento en que se desciende del plan abstracto –mirando la pena concreta– es necesario partir de lo que, primero, sirve para la concretización del hecho y la individualización de la pena: el injusto y la culpabilidad expresos en el hecho. Solo así es posible mantener la idea de que "la culpabilidad que determina la medida de la pena podrá ser solamente la 'culpabilidad por el hecho', en el sentido que esta expresión tiene en el amplio uso que de ella se hace", quedando fuera de consideración en ese concepto, en lo posible, los factores que en ella han sido incluidos bajo el título de consideración total de la personalidad del autor; esos factores solamente deben ser considerados a partir de puntos de vista preventivos(86).

93 La razón que radica en la base de este planteamiento consiste en que "la amplitud y variedad con que un hecho puede conmover la vigencia de la norma ya habría quedado reflejado en la escala penal abstracta. Frente al hecho concreto y frente a la alternativa de cuál es la pena a aplicar, solo sería posible tomar en cuenta la culpabilidad del autor, con lo cual la cuestión quedaría, nuevamente, restringida al problema de la cuantificación de la culpabilidad"(87).

94 Ahora bien, como fórmula de cierre, en términos concretos se propone una valoración de la culpabilidad vinculada al injusto, siendo desarrollado un modelo muy interesante en este particular en la determinación de la pena.

> 95 "Dado que, en el caso normal, sin causas de disminución de la culpabilidad, el peso del hecho se determina exclusivamente por el injusto del hecho, todo el injusto traspasa el 'tamiz de la culpabilidad' y cae íntegro en el platillo de la balanza. Por el contrario, si la culpabilidad está disminuida, tiene lugar una criba y no todo el peso del injusto llega a ser eficaz para la medición de la pena. Y al revés, una elevación de la pena

(86) Stratenwerth, G "Culpabilidad por el hecho y medida de la pena". En: *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, p. 48 ss. Firmando la opción por un Derecho penal del acto, con el rechazo de la opción por un Derecho penal de autor, de carácter, o de personalidad: Magariños, M. "Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena". *Op. Cit.*, p. 77.

(87) Ziffer, P., "Problemática de la individualización de la pena". *Op. Cit.*, p. 98.

como consecuencia del examen de la culpabilidad está excluida, porque no hay circunstancias que incrementen la culpabilidad"[88].

96 De forma todavía más detallada ha sido aclarado que "la determinación de culpabilidad simplemente supone decidir si la responsabilidad puede ser totalmente atribuida al delincuente". En tal sentido, "si la atribución es posible y si no existen circunstancias atenuantes en este nivel, la reprochabilidad de la conducta del delincuente no es una función del grado de su culpabilidad". Así, "la Culpabilidad filtra todo del material desde el nivel previo de indagación (la medida de culpa es determinada por la responsabilidad), o modera la medida de la culpa, pero la culpabilidad podría no ser citada como una razón para incrementar la sanción"[89].

97 Como puntos específicos de esta propuesta es posible concluir lo siguiente: i) la culpabilidad es valorada en la determinación de la pena como factor de disminución; ii) en el caso de no haber causas de disminución de la culpabilidad, en la determinación de la pena "el peso del hecho se determina exclusivamente por el injusto del hecho"; iii) en el caso de intervenir causas de disminución de la culpabilidad, esto influye para a bajo, es decir, en el peso del injusto en la determinación de la pena; y iv) una elevación de la pena como consecuencia del examen de la culpabilidad está vedada.

98 Como apoyo a esta propuesta, por referencia a la ya cuestionada distinción entre culpabilidad como fundamento y culpabilidad como criterio para la determinación de la pena se sostiene que:

99 "En efecto, en la teoría del delito es dominante la tesis que entiende que el juicio de culpabilidad –como culpabilidad por el hecho antijurídico– no puede incrementar el merecimiento de pena ya alcanzado con la realización del hecho, sino, en su caso, excluirlo o disminuirlo. A una solución distinta solo puede llegarse a partir de la acogida de teorías de la culpabilidad centradas en el reproche del carácter o de la actitud interna. Pues bien, parece como si estas, hoy mayoritariamente abandonadas en el ámbito de la 'culpabilidad en la fundamentación de la pena', rigieran implícitamente en el ámbito de la 'culpabilidad en la determinación de la pena'"[90].

(88) Hörnle, T., *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania. Op. Cit.*, p. 68.

(89) Ibídem, p. 94.

(90) Silva Sánchez, J., "La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático) un primer esbozo". *Op. Cit.*, p. 9.

De lo expuesto se concluye que "situar claramente al injusto del hecho en un primer plano y delimitar la valoración de la culpabilidad a las constelaciones excepcionales de disminución de la misma fomenta una medición de la pena previsible y trasladable a la práctica de forma uniforme"(91). 100

Incluso, se defiende la mencionada fórmula como forma de simplificar la ya cuestionada relación de culpabilidad con la fundamentación y medición de la pena. Así, "por regla general, la primera no influye en la segunda, porque concurriendo la plena culpabilidad que fundamenta la pena, carece de importancia para su medición". En esta perspectiva, "el concepto de culpabilidad en la medición de la pena es superfluo"(92), respecto al énfasis, al menos nominal, que se le asigna tradicionalmente como ha sido destacado. 101

En torno a dicha cuestión, se destaca "el significado central que en el Derecho penal representa la idea de la culpabilidad para las particulares cuestiones de la imputación y en qué medida su función –hoy como ayer– es importante como baluarte contra una exagerada ampliación preventiva del Derecho penal". Por lo tanto, se destaca la irrenunciable función de la culpabilidad para establecer la proporcionalidad de las consecuencias jurídicas, fijando la sanción equitativa y justa para el caso y posibilitando una concretización del propio principio de proporcionalidad, de la prohibición de excesos y de límite de sacrificio(93). Es decir, "de esta función limitadora se deduce, asimismo, que el principio de culpabilidad no representa un fin de la pena; más aún, su función consiste en reducir la aplicación de la finalidad de la pena a una medida adecuada al hecho"(94). Este juicio de valoración es de singular importancia ante al riesgo que representa, en el proceso de medición de la pena, la consideración de la retribución o expiación de la culpabilidad como una auténtica finalidad estatal, en lugar de ser concebida como principio de protección del individuo frente al Estado(95). 102

Esta importancia es destacada en el sentido de indicar "al principio de proporcionalidad como sustituto del principio de culpabilidad". Se parte de la conclusión de que esto "no permite una limitación eficaz de los intereses penales del Estado en todas las constelaciones de casos". Según se sostiene, "un principio de proporcionalidad es un proceso de ponderación: el logro de objetivos 103

(91) Hörnle, T., *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania. Op. Cit.*, pp. 69-70.
(92) Ibídem, p. 70.
(93) Hassemer, W., "¿Alternativas al principio de culpabilidad?". En: *Doctrina Penal* N° 18, p. 236 ss.
(94) Maurach, R. / Zipf, H., *Derecho Penal. Parte general I*, p. 111.
(95) Magariños, M., "Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena". *Op. Cit.*, p. 79.

político-criminales se pondera con las consecuencias negativas de la punición". Así, "mediante una relación de medio-fin no puede alcanzarse más que una protección relativa, no absoluta, frente a penas abusivas. En consecuencia, si el fin perseguido se valora como especialmente importante, se amplía el ámbito de los medios admisibles". De esto puede resultar una compatibilidad "con el principio de proporcionalidad, por ejemplo, la imposición de una pena draconiana para evitar futuros delitos graves, mientras que la gravedad del delito objeto de la condena no lo justificaría"(96).

104 Firmada, pues, la importancia de la función de la *culpabilidad* –mismo con relación al principio de proporcionalidad– y aclarado que, junto al *injusto*, son los dos criterios de relieve en la *individualización de la pena,* también en el ordenamiento jurídico peruano es necesario un análisis sobre los factores que son legalmente previstos para la constatación y cuantificación de los mencionados criterios.

IV. Bibliografía

105 Bruno, Aníbal, *Direito Penal. Parte geral.* Tomo 3: Pena e medida de segurança. 4ª edición. Forense, Río de Janeiro, 1984; Caro Coria, Dino Carlos, "Notas sobre la individualización judicial de la pena en el Código Penal peruano". En: *Rondando al Código Procesal Penal.* Corte Superior de Justicia de Cajamarca, Cajamarca, 2014; Eser, Albin, "The political of criminal law reform Germany". En: *The American Journal of Comparative Law* Vol. 21, N° 2, 1973; Eser, Albin / Burkhardt, Björn, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias.* Traducción de Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Meliá. Colex, Madrid, 1995; Hassemer, Winfried, "¿Alternativas al principio de culpabilidad?". Traducción Francisco Muñoz Conde. En: *Doctrina Penal* N° 18, Buenos Aires abr/jun 1982; Hassemer, Winfried, *Fundamentos del Derecho penal.* Traducción de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Bosch, Barcelona, 1984; Hörnle, Tatjana, *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania.* Fabián J. Di Placido Editor, Buenos Aires, 2003; Huamán Ávila, Dantmein Mónica, "Determinación judicial y legal de la pena en el nuevo Código Procesal Penal". En: *Trabajo de suficiencia profesional para optar el título profesional de abogado.* Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Huánuco, Huánuco, 2016; Magariños, Mario, "Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena". En: Beloff, Mary y otros, *Determinación judicial de la pena.* Del Puerto, Buenos Aires, 1993;

(96) Hörnle, T., *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania. Op. Cit.*, pp. 46 y 47.

MAURACH, Reinhart / ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte general I.* Traducción Jorge BOFILL GENZSCH y Enrique AIMONE GIBSON. 7ª edición. Astrea, Buenos Aires, 1994; ORÉ SOSA, Eduardo, "Determinación judicial de la pena, reincidencia y habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la Ley N° 30076". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal* T. 51, setiembre 2013; PÁUCAR CHAPPA, Marcial Eloy, "Nuevas reglas de determinación de la pena: 'el sistema de tercios'". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal* T. 51, setiembre 2013; PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *La determinación judicial de la pena en la Ley 30076.* Documento de la Maestria PUCP 2015-2. Disponible en <http://www.ac-firma.com/biblioteca/opac_css/doc_num.php?explnum_id=19> (acceso 27/07/2018); ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general.* Traducción Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, y Javier DE VICENTE REMESAL. Civitas, Madrid, 1997; ROXIN, Claus, "Sentido y límites de la pena estatal". En: *Problemas básicos del Derecho penal.* Traducción LUZÓN PEÑA. Reus, Madrid, 1976; RUDOLPHI, Hans-Joachim, "El fin del Derecho Penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal". Traducción Jesús-María SILVA SÁNCHEZ. En: SCHÜNEMANN, Bernd (compilador), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales.* Tecnos, Madrid, 1991; SCHÜNEMANN, Bernd, "El papel de la víctima dentro del sistema de justicia criminal: un concepto de tres escalas". En: SCHÜNEMANN, Bernd / ALBRECHT, Peter-Alexis / PRITTWITZ, Cornelius / FLECHER, George, *La víctima en el sistema penal. Dogmática, proceso y política criminal.* Traducción Luis Miguel REYNA ALFARO. Grijley, Lima, 2006; SCHÜNEMANN, Bernd, "L'evoluzione della teoria della colpevolezza nella repubblica federale tedesca". Traducción Vincenzo Militello. En: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1990; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, "La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático) un primer esbozo". En: *Indret* 02/2007. Disponible en <http://www.indret.com/pdf/426_es.pdf> (acceso 01/09/2018); STRATENWERTH, Günter, "Culpabilidad por el hecho y medida de la pena". Traducción Enrique BACIGALUPO Y ZUGALDÍA. En: *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad.* Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1980; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *Los criterios de determinación de la pena en el C. P. peruano de 1991.* 2008. Disponible en <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_30.pdf> (acceso 27/07/2018); VOLK, Klaus, *Introduzione al diritto penale tedesco. Parte generale.* Cedam, Padova, 1993; WESSELS, Johannes, *Derecho penal. Parte general.* Traducción Conrado FINZI. Depalma, Buenos Aires, 1976; ZIFFER, Patricia, "Problemática de la individualización de la pena". En: BELOFF, Mary y otros, *Determinación judicial de la pena.* Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

§ 46
Circunstancias de atenuación y agravación

FERNANDO ANDRADE FERNANDES
Universidade Estadual Paulista - UNESP
(São Paulo-Brasil)

Sumario

	Nm	P		Nm	P
I. Introducción	1	762	IV. Razones preventivas	64	779
II. Circunstancias de atenuación (Art. 46, inc. 1).....	11	765	V. Modelos de determinación de la pena	83	784
III. Circunstancias de agravación (Art. 46, inc. 2).....	40	773	VI. Bibliografía.....	165	810

§ 46. Circunstancias de atenuación y agravación[1]

"1. Constituyen circunstancias de atenuación, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes:

a) La carencia de antecedentes penales;

b) El obrar por móviles nobles o altruistas;

c) El obrar en estado de emoción o de temor excusables;

d) La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible;

e) Procurar voluntariamente, después de consumado el delito, la disminución de sus consecuencias;

f) Reparar voluntariamente el daño ocasionado o las consecuencias derivadas del peligro generado;

g) Presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible, para admitir su responsabilidad;

h) La edad del imputado en tanto que ella hubiere influido en la conducta punible.

2. Constituyen circunstancias agravantes, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes:

a) Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad;

b) Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos públicos;

(1) Texto vigente conforme a la modificación realizada por el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1323, publicado el 06/01/2017.

c) Ejecutar la conducta punible por motivo abyecto, fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria;

d) Ejecutar el delito bajo móviles de intolerancia o discriminación, tales como el origen, raza, religión, sexo, orientación sexual, identidad de género, factor genético, filiación, edad, discapacidad, idioma, identidad étnica y cultural, indumentaria, opinión, condición económica, o de cualquier otra índole.

e) Emplear en la ejecución de la conducta punible medios de cuyo uso pueda resultar peligro común;

f) Ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento, con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima o aprovechando circunstancias de tiempo, modo o lugar, que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe;

g) Hacer más nocivas las consecuencias de la conducta punible, que las necesarias para consumar el delito;

h) Realizar la conducta punible abusando el agente de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función;

i) La pluralidad de agentes que intervienen en la ejecución del delito;

j) Ejecutar la conducta punible valiéndose de un inimputable;

k) Cuando la conducta punible es dirigida o cometida total o parcialmente desde el interior de un lugar de reclusión por quien está privado de su libertad o se encuentra fuera del territorio nacional;

l) Cuando se produce un daño grave al equilibrio de los ecosistemas naturales;

m) Cuando para la realización de la conducta punible se han utilizado armas, explosivos o venenos, u otros instrumentos o procedimientos de similar eficacia destructiva.

n) Si la víctima es un niño o niña, adolescente, mujer en situación de especial vulnerabilidad, adulto mayor conforme al ordenamiento vigente en la materia o tuviere deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente o si padeciera de enfermedad en estado terminal, o persona perteneciente a un pueblo indígena en situación de aislamiento y contacto inicial".

I. Introducción

1 En el ordenamiento jurídico peruano, la cuestión que se destaca en cuanto a la función que debe cumplir el injusto y la culpabilidad en la determinación de la pena es que –distintamente del texto que es objeto de análisis– en el texto anterior del artículo 46 del CP peruano –anterior a la Ley N° 30076 y posteriores modificaciones– estaban explícitamente previstos algunos criterios que debían ser considerados para la identificación y cuantificación del injusto

y de la culpabilidad. Incluso, gran parte de la labor doctrinal desarrollada en relación con el entonces artículo 46 del CP peruano intentó establecer una distinción sobre los criterios que se relacionaban al injusto o a la culpabilidad(2).

Con anterioridad ya se sostenía que las circunstancias comunes o genéricas de atenuación y agravación previstas en el anterior artículo 46 CP peruano eran factores o indicadores de carácter objetivo o subjetivo que "hacen posible valorar la mayor o menor desvaloración de la conducta ilícita (antijuridicidad del hecho); o el mayor o menor grado de reproche que cabe formular al autor de dicha conducta (culpabilidad del agente)". A esto se añade que "la función principal de las circunstancias no es otra que coadyuvar a la graduación o determinación del *quantum* o extensión de la pena concreta aplicable al hecho punible cometido"(3). 2

Después de los cambios realizados por la Ley N° 30076 –y continuados por el D. Leg. N° 1237 de 26 de septiembre de 2015, y por el D. Leg. N° 1323, de 6 de enero de 2017– estos criterios han sido reunidos bajo la denominación de circunstancias genéricas, previstas en el artículo 46 del CP peruano, distinguidas en "circunstancias de atenuación y agravación". Se apunta como justificación de la modificación del texto anterior del artículo 46 la utilidad y trascendencia "para la labor judicial de la búsqueda de un resultado punitivo coherente y racional"(4). 3

Sobre ellas, en refuerzo al entendimiento ya manifestado, ha sido afirmado que: 4

> "Adoptan la forma de factores o indicadores de carácter objetivo o subjetivo que ayudan a la medición de la intensidad de un delito. Es decir, posibilitan cuantificar la mayor o menor desvaloración de la conducta ilícita (*antijuridicidad del hecho*); o el mayor o menor grado de reproche que cabe formular al autor de dicha conducta (*culpabilidad del agente*). Las circunstancias permiten, pues, valorar si un delito es más o menos grave y, a partir de ello, ponderar el alcance cualitativo y cuantitativo de la pena que debe imponerse a su autor o partícipe. Su función principal, por tanto, 5

(2) Velásquez Velásquez, F., *Los criterios de determinación de la pena en el C. P. peruano de 1991*, p. 10.

(3) Prado Saldarriaga, V., *Determinación judicial de la pena y acuerdos plenarios*, pp. 138-139; apud: Páucar Chappa, M., "Nuevas reglas de determinación de la pena: 'el sistema de tercios'". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal* T. 51, p. 32.

(4) Prado Saldarriaga, V., "Las circunstancias atenuantes genéricas del artículo 46 del Código Penal". En: *Thémis - Revista de Derecho* N° 68, pp. 33-39.

no es otra que coadyuvar a la graduación o determinación del *quantum* o extensión de la pena concreta aplicable al hecho punible cometido"[5].

6 Se trata, pues, de un concepto clave en este modelo de determinación de la pena, ya que es por referencia a las circunstancias de atenuación y agravación que se obtiene de la gradación del injusto y de la culpabilidad.

7 Desde esta perspectiva es evidente la influencia de la circunstancia del modo de ejecución del injusto de acción, para determinar los efectos culpables del hecho, que influyen en el injusto de resultado. Del mismo modo, "los *móviles y fines* del autor pueden traducirse en una disminución de la culpabilidad, así como su *vida anterior* o las *circunstancias personales y económicas* (por ejemplo, la conducta por coacción de grupo ya mencionada o por una situación de necesidad amenazadora de la existencia". "La *voluntad* empleada en el hecho también puede abarcarse, porque las graduaciones de la intensidad del dolo influyen en el injusto de acción". Además, "el grado de *infracción del deber* es decisivo para la medición de la pena en los delitos imprudentes"[6].

8 Sin margen a dudas, se sostiene que "esta clase de circunstancias solo permiten al juez individualizar la pena concreta dentro del espacio punitivo generado entre los límites inicial y final de la pena básica". En términos prácticos, se aclara que la presencia de atenuantes genéricas puede conducir al reconocimiento de "una menor antijuricidad del hecho o una menor culpabilidad de su autor", con la consecuencia de una menor punibilidad o posibilidad de sanción del delito" proyectando "una pena concreta menor, a la que siempre se ha de proyectar hacia el extremo inicial o mínimo de la pena básica". Al revés, la presencia de agravantes genéricas pueden conducir al reconocimiento de "una mayor antijuricidad de la conducta o una mayor culpabilidad del autor", con posibilidad de proyectar "una mayor punibilidad o posibilidad de sanción del delito, la cual se materializará en una pena concreta mayor que se dirigirá siempre hacia el extremo final o máximo de la pena básica"[7].

9 De esto resulta claro que, según este entendimiento, son circunstancias que influyen en la determinación de la pena en sentido estricto, es decir,

(5) PRADO SALDARRIAGA, V., *La determinación judicial de la pena en la Ley 30076*, pp. 35-36; PRADO SALDARRIAGA, V., "Las circunstancias atenuantes genéricas del artículo 46 del Código Penal". *Op. Cit.*, p. 34.

(6) HÖRNLE, T., *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*, p. 71.

(7) PRADO SALDARRIAGA, V., *La determinación judicial de la pena en la Ley 30076*. *Op. Cit.*, pp. 36-37; PRADO SALDARRIAGA, V., "Las circunstancias atenuantes genéricas del artículo 46 del Código Penal". *Op. Cit.*, p. 34.

determinación de la pena dentro de los límites fijados por ley, en los términos sostenidos como contenido para la individualización de la pena en el artículo 45-A. Además, también resulta claro que, según esta tesis, en términos político-criminales las circunstancias se refieren al injusto y a la culpabilidad, pero está ausente la referencia a cualquier valoración de naturaleza preventiva. Esto refuerza la tesis que postula que las razones de naturaleza preventiva solo deben ser tenidas en cuenta en la determinación de la pena en sentido amplio.

Desde un análisis más general, a pesar de los aspectos positivos que han 10
sido expuestos en torno a la previsión realizada en el CP peruano, hay una crítica al listado de circunstancias del artículo 46, que desvalora "su exagerado casuismo", el que "no solo compromete la coherencia interna de los catálogos circunstanciales sino que, además, en no pocos casos, reitera innecesariamente el indicador atenuante o agravante"[8].

II. Circunstancias de atenuación (Art. 46, inc. 1)

Se argumenta que la atenuante genérica prevista en el artículo 46, 1, a), 11
relacionada a "la carencia de antecedentes penales", "parecería apuntar al delincuente primario. No obstante, el tenor literal de la norma podría dar cabida a aquellos condenados que hayan quedado rehabilitados o que hayan cancelado definitivamente sus antecedentes (Art. 69 *in fine*)". Aunque este último sentido "obedecería al hecho de que el agente, varios años después de su condena, no perpetró un injusto penal", se argumenta, todavía, que esto se acerca a la idea de peligrosidad, en la medida que "no se valora el injusto ni la culpabilidad, sino la vida pasada del autor y su 'buena conducta'"[9].

En torno al primer aspecto, ya después de los cambios introducidos por la 12
Ley N° 30076, del 19 de agosto de 2013, ha sido aclarado que "la atenuante opera aun en aquellos casos donde hayan preexistido antecedentes penales que luego fueron objeto de cancelación definitiva por el cumplimiento de la pena impuesta (Art. 69) o por la extinción de esta al vencimiento exitoso de un periodo de prueba derivado de un régimen de suspensión de la ejecución de la pena (Art. 61)". Además, ha sido añadido que "la atenuante, sin embargo, solo debe excluirse ante la existencia de antecedentes penales que registren

(8) Prado Saldarriaga, V., "Las circunstancias atenuantes genéricas del artículo 46 del Código Penal". *Op. Cit.*, p. 35.

(9) Oré Sosa, E., "Determinación judicial de la pena, reincidencia y habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la Ley N° 30076". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal* T. 51, pp. 7-8.

condenas firmes. Tampoco afectan su eficacia la mera existencia de antecedentes policiales o judiciales"[10].

13 Según parece, el problema aquí reside en la necesidad de formar una posición respecto a la cuestión sobre cuál es el criterio político-criminal que fundamenta esta circunstancia, en especial si se trata del injusto y de la culpabilidad.

14 Desde luego, "el argumento normal" es que *la específica circunstancia de existencia de condenas previas* apunta a incrementar la culpabilidad. A esto se contradice afirmando que "el argumento de la culpabilidad, de cualquier modo, falla tan pronto como uno escudriña el argumento tradicional de que el fondo personal del delincuente puede aumentar la culpabilidad". Con el argumento de que las condenas previas deberían provocar inhibiciones contra nuevas ofensas, de modo que el sentenciado reincidente ha tenido más energía criminal "para superar estas inhibiciones, por lo que este ha actuado más culpablemente. Por el contrario, es más conveniente que experiencias previas con el sistema de justicia penal puedan reducir inhibiciones del delincuente [11].

15 Sobre esto ha sido afirmado que "la ausencia de condenas penales anteriores coloca al autor o partícipe de un delito en una condición más propicia a la búsqueda de efectos preventivos especiales que indican una menor necesidad punitiva"[12].

16 Esta idea es muy importante en la medida en que excluye esta circunstancia de la crítica a la utilización de los antecedentes como criterio de prevención especial para agravar la situación del penado. Es decir, en concordancia con la forma en que esta circunstancia ha sido considerada, "(...) pueden darse castigos más leves a los delincuentes principiantes o aquellos que lo hacen por segunda vez, pero no conducirá a aumentos drásticos en el castigo"[13]. Así, una crítica a la consideración de los antecedentes como criterio de prevención especial se ajusta más en las hipótesis en que son valorados para incrementar la pena, pero menos en la medida en que su ausencia (de los antecedentes) es valorada de modo favorable al sentenciado, aunque se pueda argumentar

(10) Prado Saldarriaga, V., "Las circunstancias atenuantes genéricas del artículo 46 del Código Penal". *Op. Cit.*, p. 35.

(11) Hörnle, T., *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania. Op. Cit.*, pp. 110-111.

(12) Prado Saldarriaga, V., "Las circunstancias atenuantes genéricas del artículo 46 del Código Penal". *Op. Cit.*, p. 35.

(13) Hörnle, T., *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania. Op. Cit.*, p. 32.

que, de todos los modos, la no valoración favorable al que ostenta antecedentes le es perjudicial.

Acerca de la atenuante genérica prevista en el artículo 46, 1, b), "el obrar por móviles nobles o altruistas", se ha sostenido que parece acertado suponer que "se trata de una circunstancia genérica que aporta al menor desvalor del injusto", con el añadido de que "no debe constituir una exigencia del tipo", como se verifica en el caso del homicidio piadoso, "a fin de evitar una doble valoración"(14). 17

Por lo tanto, la importancia aquí también reside en el razonamiento político-criminal que se puede identificar en la base de la circunstancia. Sin embargo, de la consideración anterior en el sentido de su reflejo en cuanto al menor desvalor del injusto, se ha afirmado "que la motivación que determina, induce o guía la acción delictiva del agente, influye, de modo determinante, en la menor intensidad de su culpabilidad. Esto es, esta clase de circunstancias reducen el grado de reproche que cabe formular al autor del delito"(15). 18

Esta comprensión de los móviles sirve para evitar la crítica, bien hecha, a la aceptación del "efecto agravatorio de la concurrencia de determinados móviles en la actuación del agente", el que arriesga traducirse en "la acogida de teorías de la culpabilidad centradas en el reproche del carácter o de la actitud interna", "hoy mayoritariamente abandonadas en el ámbito de la 'culpabilidad en la fundamentación de la pena", el que debe también proyectar implícitamente en el ámbito de la "culpabilidad en la determinación de la pena", ya visto(16). 19

La crítica se dirige contra la circunstancia atenuante genérica que ha sido prevista en el artículo 46, 1, c), la cual está relacionada con el "obrar en estado de emoción o de temor excusables". Desde luego, sobre el temor excusable se argumenta que "parece redundante, pues se superpone, de alguna manera, con el 'miedo insuperable' como causa que excluye la culpabilidad y, por ende, la responsabilidad (Art. 20 inc. 7 CP)". Así, en el supuesto de temor excusable se debería excluir la responsabilidad penal, conforme al artículo 20, inciso 7 CP peruano. Ya si el temor no llegara al nivel de lo excusable, podría atenuar la pena con base en el artículo 21 del CP peruano. Del mismo modo, 20

(14) Oré Sosa, E., "Determinación judicial de la pena, reincidencia y habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la Ley N° 30076". *Op. Cit.*, p. 8.

(15) Prado Saldarriaga, V., "Las circunstancias atenuantes genéricas del artículo 46 del Código Penal". *Op. Cit.*, p. 36.

(16) Silva Sánchez, J., "La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático) un primer esbozo". En: *Indret* 02/2007, p. 9.

sobre el estado de emoción se argumenta que "habría que acudir al concepto de 'grave alteración de la conciencia' del artículo 20, inc. 1 para eximir de responsabilidad; y cuando ello no sea posible (estado de emoción que no es grave ni, consecuentemente, excusable) invocar una reducción de pena en virtud del artículo 21 del CP"[17].

21 Frente a estas críticas se argumenta que "el tenor que menciona la norma no debe ser equiparable al miedo insuperable, cuyos presupuestos exculpantes se encuentran regulados en el inciso 7 del artículo 20"[18], porque estos –según parece– están vinculados con el grado de intensidad de una y otra situación.

22 Acerca del estado de emoción ha sido afirmado que "la emoción violenta debe ser excusable", lo que "'no quiere decir que sea exculpable, sino disculpable" en el sentido de atenuar la pena del autor del delito, "por encontrarse ofuscado producto de una situación externa que motiva su comportamiento y reacción frente a lo sucedido". Además, se ha añadido que la "jurisprudencia entiende que son circunstancias que hacen excusable a la emoción: por ejemplo, honor mancillado, afrenta inmerecida, ofensa injustificada"[19].

23 En torno al temor excusable se aclara que "este queda referido a un sentimiento de inseguridad o riesgo de sufrir un mal que afecta al autor y lo constriñe directamente hacia la comisión del delito". Todavía, también aquí se hace la ponderación de que "este temor debe igualmente ser aceptable o atendible desde la valoración que sobre él y los factores que lo generaron deberá de realizar necesariamente el órgano jurisdiccional caso por caso"[20].

24 Aquí, pues, la cuestión se refiere al propio contenido que se puede asociar a la previsión del "estado de emoción" o "temor excusable", aunque parece cierto que, cualquiera que sea la conclusión sobre esto, se trata de circunstancia que influye en la culpabilidad del autor del delito. En concordancia con esta orientación, ha sido sostenido que "es evidente que esta circunstancia atenuante nos vincula también con un supuesto que incide en la medición de la culpabilidad del autor"[21].

(17) Oré Sosa, E., "Determinación judicial de la pena, reincidencia y habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la Ley N° 30076". *Op. Cit.*, p. 8.
(18) Prado Saldarriaga, V., "Las circunstancias atenuantes genéricas del artículo 46 del Código Penal". *Op. Cit.*, p. 37.
(19) Ibídem, p. 36.
(20) Ibídem, p. 37.
(21) Ibídem, p. 36.

La circunstancia atenuante genérica relacionada a "la influencia de circunstancias personales o familiares apremiantes concurrentes en el momento de la ejecución de la conducta punible", prevista en el artículo 46, 1, d), CP peruano, es considerada "un tanto indeterminada", debido a que no resulta claro si se refiere solo a situaciones de necesidad económica. Si se interpreta en ese sentido, se sostiene que su regulación resulta innecesaria, porque podría ser reconocida como "un supuesto de estado de necesidad justificante (Art. 20, inc. 4 CP), el cual no exime necesariamente la responsabilidad, porque, en determinadas ocasiones, dicho estado de necesidad "no satisface la cláusula de adecuación social", por lo que –en dicho supuesto– solo podría atenuarse la pena en los términos del artículo 21 del CP[22]. 25

Frente a eso, se encuentra el argumento de que esta circunstancia se refiere a "la incidencia de factores extraordinarios y trascendentes, ligados al ámbito personal o familiar del delincuente, los cuales concurren e interactúan en la formación y limitación del espacio decisional del agente, condicionándolo a la comisión del delito". En tal sentido, debe tratarse de situaciones extremas para decidir su configuración y eficacia. Además, está la vinculación expresa al carácter apremiante de los factores a que se refiere esta circunstancia, "como de eficacia inmediata e impostergable, compatibles, pues, con una situación de emergencia o urgencia que constriñe el arbitrio del autor del delito, derivándolo hacia su ejecución". De gran interés práctico resulta el añadido que "la casuística existente sobre dicha problemática alude a casos como la urgencia de atender el tratamiento de la enfermedad que afecta a un familiar cercano o la de proveer alimentos para sí o para los hijos menores, y que pueden determinar al agente a cometer un hurto o un robo en la medida en que no se configure, en tales supuestos, una causa de justificación perfecta o imperfecta por estado de necesidad"[23]. 26

Acerca del razonamiento político-criminal, hay que argumentar que se trata de circunstancias que influyen en el grado de reproche inherente a la culpabilidad. En este mismo sentido, ha sido afirmado que "esta atenuante reduce también la intensidad del reproche que cabe formular al autor del delito"[24]. 27

(22) Oré Sosa, E., "Determinación judicial de la pena, reincidencia y habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la Ley N° 30076". *Op. Cit.*, pp. 8-9.

(23) Prado Saldarriaga, V., "Las circunstancias atenuantes genéricas del artículo 46 del Código Penal". *Op. Cit.*, p. 37.

(24) Ídem.

28 De hecho, las dificultades económicas graves que ponen en peligro el bienestar del delincuente o la de su familia son apuntadas como criterio para disminuir "el grado de la culpabilidad individual"[25]. Se parte de la idea de que "las circunstancias personales son relevantes *en algunas constelaciones* como base de una concepción moderna de la culpabilidad" y, por lo tanto –en contra de una cierta tendencia–, con posibilidades de "repercutir en la medida de la pena". Como ejemplo se menciona "una auténtica situación de necesidad económica del autor, donde, si no se quiere devaluar la tesis de la 'exigibilidad excepcionalmente limitada'", el límite no debe trazarse demasiado abajo. Además, está la advertencia de que "solo deberían tenerse en cuenta situaciones de necesidad amenazantes de la existencia, pero no meros empeoramientos graduales del estándar de vida"[26].

29 Sobre la circunstancia atenuante genérica prevista en el artículo 46, 1, e), relacionada a la actitud del autor del delito de, después de consumado el delito, procurar la disminución de sus consecuencias" se argumenta que se trata de valorar la iniciativa de "restablecer las cosas al estado en que se encontraban con anterioridad al suceso o, por lo menos, a hacer menos gravosa y penosa la situación del sujeto pasivo"[27].

30 Son dos los requisitos que se exigen (por préstamo) como necesarios para la configuración de esta circunstancia. En primer lugar, se exige que el autor del delito se haya esforzado espontáneamente; "esto es, con base en motivos internos y no externos, como serían los surgidos a causa de una presión ajena o por imposición de la ley –por ejemplo, por deber de asistencia o socorro–, por eliminar o atenuar las consecuencias dañosas o peligrosas del delito". En segundo lugar, se requiere "que su actividad haya sido desplegada eficazmente, es decir, de modo adecuado para alcanzar ese fin, aunque, por motivos independientes de la voluntad del agente, no lo haya alcanzado". "No obstante, para validar el efecto atenuante, es de exigir que los motivos sean oportunos, idóneos y en lo posible eficaces"[28].

31 Respecto al razonamiento político-criminal que es posible reconocer en la base de esta circunstancia, se apunta una divergencia según sea

(25) Hörnle, T., *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania. Op. Cit.*, p. 36.

(26) Ibídem, pp. 62-63.

(27) Oré Sosa, E., "Determinación judicial de la pena, reincidencia y habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la Ley N° 30076". *Op. Cit.*, p. 9.

(28) Prado Saldarriaga, V., "Las circunstancias atenuantes genéricas del artículo 46 del Código Penal". *Op. Cit.*, p. 37.

considerada una manifestación de arrepentimiento posterior, con la consecuencia de poder reflejar una "menor peligrosidad"; o "como vinculada a las razones político-criminales de protección de las víctimas y que inciden en la punibilidad del hecho"[29].

Acerca de la circunstancia atenuante genérica prevista en el artículo 46, 1, f), relacionada a la actitud del autor del delito de "reparar voluntariamente el daño ocasionado o las consecuencias derivadas del peligro generado", se argumenta que se trata de valorar "la disminución de las consecuencias del delito", teniendo la misma naturaleza de lo previsto en el literal e), y, pues, podría ser considerada como incluida en ella[30]. 32

En relación con la caracterización de esta circunstancia, se afirma que "lo esencial radica en la decisión espontánea del delincuente de reparar en lo posible el daño ocasionado u otras consecuencias negativas generadas por su accionar ilícito". Como requisitos para su configuración y eficacia se afirma "que la reparación debe ser espontánea, es decir, voluntaria y, naturalmente, antes de la respectiva sentencia", y que "debe partir del autor, y no de terceros". A esto se añade, además, que la reparación incluye "los eventos de la restitución, reparación del daño o indemnización de perjuicios, compensaciones, etcétera"[31]. 33

En torno al razonamiento político-criminal, cabe indicar que este también está asociado a un comportamiento posterior al delito, el cual "revela una actitud positiva" y "que debe merituarse favorablemente en la punibilidad del delito"[32]. 34

Sobre lo apuntado en torno al fundamento y consecuencias de la atenuante contemplada en el inciso f) del artículo 46 inciso 1 CP, se ha afirmado que "la relevancia para la medición de la pena de los comportamientos pre y posdelictivos es convincente solo si se la ve como vestigio de un Derecho penal orientado a la actitud interna", de esto resulta el cuestionamiento "por qué esta actitud interna debe valorarse adicionalmente al injusto del hecho". Al que se contesta que "esto no puede responderse sin referirse al concepto de culpabilidad que incluye la actitud interna personal del autor"[33]. 35

(29) Ídem.
(30) Oré Sosa, E., "Determinación judicial de la pena, reincidencia y habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la Ley N° 30076". *Op. Cit.*, p. 9.
(31) Prado Saldarriaga, V., "Las circunstancias atenuantes genéricas del artículo 46 del Código Penal". *Op. Cit.*, pp. 37 y 38.
(32) Ibídem, p. 38.
(33) Hörnle, T., *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania. Op. Cit.*, p. 64.

36 Sobre la circunstancia atenuante genérica prevista en el artículo 46, 1, g), relacionada a la actitud del autor del delito de "presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible, para admitir su responsabilidad" se argumenta, en coincidencia con la doctrina colombiana, que "el fundamento es de índole político-criminal y reside en el hecho de que la presentación voluntaria ante las autoridades para admitir su responsabilidad es tomada por el legislador como una muestra de arrepentimiento y colaboración con la justicia"(34).

37 Esta circunstancia se traduce en una forma de "arrepentimiento posterior al delito", pues "con su conducta, el agente expresa su voluntad de hacerse responsable por el ilícito cometido y de asumir plenamente las consecuencias jurídicas que de ello derivan". En lo que se refiere a los requisitos, una vez más por préstamo, se afirma que "la presentación debe ser voluntaria, esto es, espontánea, libre, sin mediar presión de ninguna índole o responder a factores independientes del querer del sujeto". Sobre el fundamento político-criminal de esta circunstancia, aquí también se reconoce que "se valora un acto de arrepentimiento posterior al delito", que cuenta "en favor del agente al alejarse este de un patrón conductual común y que se suele orientar hacia el aseguramiento y la impunidad del infractor"(35).

38 Acerca de la circunstancia atenuante genérica prevista en el artículo 46, 1, h), relacionada a "la edad del imputado en tanto que ella hubiere influido en la conducta punible", se afirma que guarda semejanza, "al menos desde el punto de vista teleológico, con la norma prevista en el artículo 22 CP, esto es, la reducción prudencial de la pena cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún, o más de sesenta y cinco años al momento de realizar la conducta punible", con la consecuencia en términos interpretativos de que "esta circunstancia sería de aplicación para aquellos supuestos en los que, a pesar de estar dentro de esos límites no sea de aplicación el artículo 22 CP"(36).

39 En relación con esta circunstancia, se afirma que el legislador ha asumido que la edad puede influir en la conducta punible, pero sin especificar las manifestaciones o eficacia de dicha influencia. Así, estableciendo una

(34) Oré Sosa, E., "Determinación judicial de la pena, reincidencia y habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la Ley N° 30076". *Op. Cit.*, p. 9.

(35) Prado Saldarriaga, V., "Las circunstancias atenuantes genéricas del artículo 46 del Código Penal". *Op. Cit.*, p. 38.

(36) Oré Sosa, E., "Determinación judicial de la pena, reincidencia y habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la Ley N° 30076". *Op. Cit.*, pp. 9-10.

confrontación con lo previsto en el artículo 22 del CP peruano, se argumenta que si se trata de un factor de imputabilidad disminuida, "la atenuante introducida sería, en principio, innecesaria; y, además, técnicamente incorrecta, pues no sería una circunstancia atenuante genérica, sino una causal de disminución de punibilidad"(37).

III. Circunstancias de agravación (Art. 46, inc. 2)

Cabe prontamente advertir que es muy instructivo que en el rol de las 40
circunstancias genéricas atenuantes se puedan identificar factores relacionados tanto a la gravedad del injusto y de la gravedad del reproche de la culpabilidad como a otros factores, al revés a lo que pasa en relación con las circunstancias genéricas agravantes en las que se puede identificar una mayor predominancia de factores relacionados a la gravedad del injusto. Es decir, en el rol de las circunstancias de agravación hay un énfasis en el hecho y en la forma de su realización. Además de merecer la atención el hecho de ser mayor el número de circunstancias de agravación ante al número de circunstancias de atenuación.

En el artículo 46, 2, a), ha sido prevista la circunstancia agravante genérica 41
que se refiere al hecho de "ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad". Sobre esta circunstancia se afirma que "el desvalor de la conducta ha de residir en el objeto material del delito, el mismo que está referido a bienes de utilidad común o al servicio de todos los ciudadanos"(38).

Desde esta interpretación se puede deducir que se trata de una circuns- 42
tancia que influye en la gravedad del injusto, debido a que está asociada al hecho mismo.

En torno a la circunstancia agravante genérica prevista en el artículo 46, 43
2, b), que se refiere al hecho de "ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos públicos", se argumenta que "el fundamento de esta agravante radica en la naturaleza del objeto material del delito", por lo que no sería muy diferente del literal a), donde la agravante está vinculada con "un bien "que esté afecto al cumplimiento de los fines del Estado". Desde luego, para no implicar

(37) Prado Saldarriaga, V., "Las circunstancias atenuantes genéricas del artículo 46 del Código Penal". *Op. Cit.*, p. 39.

(38) Oré Sosa, E., "Determinación judicial de la pena, reincidencia y habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la Ley N° 30076". *Op. Cit.*, p. 10.

en "la vulneración del *ne bis in idem*" se sostiene que "no se ha de valorar esta agravante en aquellos supuestos donde la naturaleza del bien conforma el tipo (...) o sirva para la configuración de una agravante específica"[39].

44 Sobre la circunstancia agravante genérica prevista en el artículo 46, 2, c) relacionada al hecho de "ejecutar la conducta punible por motivo abyecto, fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria", se argumenta que "el legislador reconoce un mayor grado de injusto en aquel que perpetra el delito movido por razones despreciables o insignificantes, por un lado, o con el fin de obtener una ventaja económica, por otro. De este modo, el desvalor de la conducta se ve incrementado por las inaceptables motivaciones que inspiran la voluntad del agente"[40].

45 Acerca de la mencionada circunstancia, es pertinente destacar el rechazo al "efecto agravatorio de los móviles" en cuanto a la culpabilidad, con la alternativa de su valoración al nivel de lo injusto[41]. Además, se hace la advertencia de que "la simple presencia de 'móviles abyectos' no puede suponer una agravación del injusto mientras no hayan cristalizado en una lesión adicional o una denigración de la víctima (que puede ser el caso, por ejemplo, de matar para satisfacer el instinto sexual o por odio racial)"[42].

46 En la redacción anterior del artículo 46, 2, d) estaba prevista la circunstancia agravante genérica relacionada al hecho de "ejecutar el delito bajo móviles de intolerancia o discriminación de cualquier índole". Sobre esto se afirmaba que "esta circunstancia de agravación genérica parece dirigida a valorar –incrementando el grado de injusto– aquellas conductas delictivas que no queden subsumidas en" el tipo del delito de discriminación previsto en el artículo 323 del Código Penal, "pero en el que la realización del tipo obedezca a una motivación racial, política o de otra índole", de la cual es agravación[43].

47 Todavía, el texto del artículo 46, 2, d) ha sido cambiado por el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1323, de 06 de enero de 2017, siendo incorporada la siguiente redacción: "[E]jecutar el delito bajo móviles de intolerancia

(39) Ídem.
(40) Ídem.
(41) Silva Sánchez, J., "La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático) un primer esbozo". *Op. Cit.*, p. 9.
(42) Hörnle, T., *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania. Op. Cit.*, p. 75.
(43) Oré Sosa, E., "Determinación judicial de la pena, reincidencia y habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la Ley N° 30076". *Op. Cit.*, p. 11.

o discriminación, tales como el de origen, raza, religión, sexo, orientación sexual, identidad de género, factor genético, filiación, edad, discapacidad, idioma, identidad étnica y cultural, indumentaria, opinión, condición económica, o de cualquier otra índole".

Pero primero hay que advertir que lo que ha hecho el legislador en el 48
2017 ha sido detallar, con ejemplos, algunas modalidades de intolerancia o discriminación, ciertamente para abreviar la actividad interpretativa judicial, aunque ya la redacción anterior se trataba de una cláusula abierta, pasible del reconocimiento de todas las modalidades. Tal vez, mejor sería seguir la doctrina que acerca de esto apuntaba como fundamento la razón de la conducta en el sentido de que la intolerancia o discriminación deberían tener "por objeto anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades fundamentales en las esferas política, social y económica"[44]. Además de permitir la amplitud que ha sido deseada con el cambio legislativo, este fundamento podría servir como un mínimo criterio de cierre.

En cuanto al razonamiento político criminal que radica en la base de 49
esta circunstancia agravante, cabe indicar que ella influye en la gravedad del injusto de la conducta como ha sido informado.

En el artículo 46, 2, e) se prevé la circunstancia agravante genérica rela- 50
cionada al hecho de "emplear en la ejecución de la conducta punible medios de cuyo uso pueda resultar peligro común". Acerca de esta circunstancia se ha sostenido que el legislador ha considerado el "mayor grado de injusto que supone el hecho de realizar la conducta empleando medios que representen un peligro general, esto es, que ocasionen un riesgo a un número indeterminado de bienes o personas". De ello se sigue que "la agravación obedece al mayor desvalor de resultado", con el importante añadido de que "no parece exigirse un peligro concreto"[45], siendo suficiente que los medios sean idóneos para la generación del peligro.

En el artículo 46, 2, f) se prevé la circunstancia agravante genérica que 51
está relacionada al hecho de "ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento, con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima o aprovechando circunstancias de tiempo, modo o lugar, que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe". Sobre esta circunstancia se

(44) Ídem.
(45) Ídem.

ha argumentado que, "en atención al principio de no autoincriminación (...), no se debe agravar la pena por el hecho de que el agente delictivo se oculte o dificulte su identificación". "Lo contrario supondría establecer una suerte de deber de colaboración del autor o partícipe para el debido esclarecimiento de sus propios delitos". Además, es compartible el argumento de que "es, por demás, dudoso que el hecho de que el autor o partícipe pretenda obtener la impunidad de su delito –algo que está dentro del orden natural de las cosas y, por tanto, no parece revelar un mayor grado de culpabilidad en el agente– a través de un medio que no parece incidir en un mayor grado de ataque al bien jurídico", que no es la administración de la justicia. Compartible también es el argumento de que, como mínimo, al menos podría interpretarse que la circunstancia se trate de ocultamiento en relación con la propia víctima, el que es considerado como una "interpretación forzada"(46).

52 Tiene sentido la ponderación hecha en cuanto al problema de esta circunstancia, poder generar un deber de colaboración, bajo amenaza de la agravación, no conforme al principio de no autoincriminación, además de no asentarse en un razonamiento político-criminal adecuado. Si, en alguna medida, el comportamiento colaborador o de no obstrucción puede ser objeto de un tratamiento más favorable, es muy grave sujetar la adopción de este comportamiento a una amenaza, en una verdadera coacción estatal. Se trata de la concretización del riesgo de que las tendencias que han sido implementadas poco a poco en algunos ordenamientos jurídicos, a partir de tratamientos premiales se llegue a tratamientos con base en coacción. Esta ponderación no cambia en nada el reconocimiento de que aquí no se trata de ausencia de comportamiento colaborador en términos procesales, mas sí de comportamientos relacionados a la ejecución del hecho mismo en condiciones de ocultamiento. Esto porque la perspectiva aquí combatida es, incluso, más grave, pues, contrariamente a premiar el comportamiento colaborador del agente, exige que este sea cuidadoso en no ejecutar el delito en circunstancias que puedan caracterizar el ocultamiento. Además, de hecho, no se puede concebir cómo esta circunstancia pueda caracterizar, por sí misma, una mayor gravedad del injusto o un mayor grado de culpabilidad, tampoco en la perspectiva de que puede implicar un mayor grado de ataque al bien jurídico.

53 En cuanto a las otras hipótesis a que se refiere esta circunstancia, se añade que con relación al "abuso de la condición de superioridad sobre la víctima" puede obedecer a cuestiones diversas, como la edad o una especial situación

(46) Ibídem, pp. 11-12.

de incapacidad de la víctima, una relación de dependencia laboral o familiar. Y las circunstancias de tiempo, modo o lugar, que suponen la indefección del ofendido o la identificación del autor o partícipe, son asociadas a la alevosía[47].

54 Acerca de la circunstancia prevista en el artículo 46, 2, g), relacionada a "hacer más nocivas las consecuencias de la conducta punible, que las necesarias para consumar el delito", se argumenta que se refiere al caso en que el autor no se contenta con la consumación del delito, sino que intenta conseguir un resultado más grave[48].

55 La circunstancia agravante genérica prevista en artículo 46, 2, h) se refiere al hecho de que "el agente, abusa de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función", para realizar el hecho punible.

56 Sobre esta circunstancia se afirma que "el mayor desvalor de la conducta reside en el quebrantamiento de ciertos deberes que se desprenden de algún cargo, función, oficio o profesión". En especial, acerca del abuso de "posición económica, formación o poder" se identifica una perspectiva moralizante, que exige un mayor cuidado en cuanto a su caracterización[49].

57 En el artículo 46, 2, i) se encuentra regulada la circunstancia agravante genérica, que está relacionada a "la pluralidad de agentes que intervienen en la ejecución del delito". En torno a esta agravante se afirma que "el mayor desvalor de esta circunstancia de agravación genérica parece fundamentarse en la mayor capacidad de agresión al bien jurídico", con el complemento de que en algunos delitos sí se consigue limitar la posibilidad de defensa de la víctima". De ello se infiere que esta circunstancia agravante no deberá ser considerada para individualizar la pena en los casos que ya sea circunstancia agravante específica del delito[50].

58 El artículo 46, 2, j) regula la circunstancia agravante genérica que consiste en la ejecución del hecho punible mediante la "utilización de un inimputable". Sobre esta agravante se sostiene que se trata de "un supuesto de autoría mediata", debido a la intervención de un ejecutor inmediato inimputable, v. gr., un menor de dieciocho años o alguien que, por una grave anomalía psíquica, carece de culpabilidad. De ello se concluye que, en cualquier caso, "el mayor grado de injusto podría verificarse en el hecho de que se instrumentaliza

(47) Ibídem, p. 12.
(48) Ídem.
(49) Ídem.
(50) Ibídem, pp. 12-13.

a otra persona para la perpetración del hecho punible, pudiendo constituir un factor corruptor o de serio peligro que se cierne sobre el ejecutor inmediato (menor o incapaz)"[51].

59 En el artículo 46, 2, k) se consagra la agravante genérica, cuyo desvalor radica en la "realización de una conducta punible que está dirigida o es cometida, total o parcialmente, desde el interior de un lugar de reclusión por quien está privado de su libertad o se encuentra fuera del territorio nacional". Acerca de esta circunstancia concurre la opinión que sostiene que dentro de la referida agravante genérica también se subsumen los supuestos en que el delito es cometido desde un establecimiento penitenciario por una persona que se encuentra sometida a una prisión provisional y no solo los casos de realización de un delito por quienes se encuentran cumpliendo una condena de pena privativa de libertad.

60 El artículo 46, 2, l) regula la circunstancia agravante genérica que se refiere a la "producción de un daño grave al equilibrio de los ecosistemas naturales". Acerca de esta circunstancia se sostiene que, a pesar de que aparentemente se aplica solo en los delitos ambientales, también puede aplicarse a otros delitos, p. ej., los delitos de peligro común por incendio o explosión (Art. 273 CP)[52].

61 En el artículo 46, 2, m) se regula la circunstancia agravante genérica, cuyo, desvalor o fundamento jurídico-penal está vinculado a la realización del hecho punible "utilizando armas, explosivos o venenos, u otros instrumentos o procedimientos de similar eficacia destructiva". Al respecto, se entiende que esta circunstancia podría estar comprendida en la circunstancia agravante que se estipula en el artículo 46, inc. 2, e), pues se trataría también de medios cuyo uso podrían generar un peligro común; en ese sentido, resultaría innecesario este inciso. "De no ser así, habría que entender que el legislador hace referencia al empleo de instrumentos o procedimientos que, más que un peligro común, generan o exacerban el sufrimiento o padecimiento de la víctima". Así mismo, se hace la ponderación de que "debería diferenciarse de la circunstancia agravante prevista en el artículo 46, inc. 2, lit. g)", que, como ya se ha visto, se refiere al hecho de hacer más nocivas las consecuencias de la conducta punible, que las necesarias para consumar el delito[53].

(51) Ibídem, p. 13.
(52) Ibídem, p. 14.
(53) Ídem.

Esta posible interpretación hay que confrontarla con el dato de que, en el artículo 45, c), CP peruano, el legislador ha incluido un criterio de determinación de la pena relacionado a la situación de la víctima. 62

En el artículo 46, 2, n) se consagra la circunstancia agravante genérica que se fundamenta en la calidad del sujeto pasivo, pues incrementa la pena cuando "la víctima es un niño o niña, adolescente, mujer en situación de especial vulnerabilidad, adulto mayor conforme al ordenamiento vigente en la materia o tuviere deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente o si padeciera de enfermedad en estado terminal, o persona perteneciente a un pueblo indígena en situación de aislamiento y contacto inicial". Esta circunstancia ha de ser confrontada con el criterio previsto en el artículo 45, c), del CP peruano que se refiere a la situación de la víctima. 63

IV. Razones preventivas

Sin embargo, de la solidez del entendimiento en cuanto al vínculo entre, por un lado, injusto y culpabilidad, y, por el otro, la determinación de la pena, hay que advertir una tendencia en la dirección de la superación del principio de la culpabilidad en un tiempo más o menos corto(54), teniendo en cuenta la absorción de principios político-criminales por el concepto de culpabilidad(55). 64

Desde una perspectiva general, es posible concebir que esta cuestión está asociada al flujo entre las ya mencionadas tendencias prospectivas, de cuño teleológico/preventivo, por un lado, o retrospectivas, de cuño limitador del reproche, por el otro. 65

Por cierto, no cabe despreciar, al menos, dos importantes tendencias en esta dirección. 66

Es decir, por un lado, se verifica una substitución de la categoría sistemática de la culpabilidad por la de la *responsabilidad*, según la cual, mantenida la noción de la culpabilidad apenas como límite de la medida de la pena, al juicio de responsabilidad cabrá asignarle la indagación acerca de la necesidad de la pena en virtud de las exigencias de política criminal, por referencia a las finalidades de la sanción penal(56). 67

(54) Stratenwerth, G., *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, p. 89.
(55) Ibídem, pp. 99-100.
(56) Roxin, C., *Política criminal y sistema del Derecho penal*, pp. 40-41.

68 Por otro lado, la culpabilidad resulta vinculada apenas a la exigencia de imputar al autor la conducta que ha violado la norma, con la posibilidad de que ella sea responsabilizada por esta violación, pero "el que se denomina por culpabilidad es un déficit de fidelidad al ordenamiento jurídico", que debe ser arreglado por razones de prevención general positiva(57). Desde esta perspectiva, "la constatación de la culpabilidad se normativiza completamente". La culpabilidad, como un presupuesto forzoso de la pena criminal, es vista como algo normativo, porque "solo una acción relevante comunicativamente puede cuestionar la vigencia de la norma", siendo esto último el efecto que se pretende prevenir. Así, "en una conducta que pueda reconducirse a la enfermedad, el peligro de muerte o un error inevitable de prohibición, falta esta relevancia comunicativa". Sin embargo, "la culpabilidad se define desde un principio como la imputación de capacidad que se verifica exclusivamente desde una perspectiva externa" (es decir, con independencia de la cuestión de la responsabilidad individual del autor). "La culpabilidad se da cuando la imputación al autor es necesaria para el mantenimiento de la confianza en la norma" por falta de otras alternativas de solución del conflicto establecido con el ordenamiento jurídico(58).

69 Es decir, en el primero, la pena adecuada a la medida de la culpabilidad sirve a la prevención general, o sea, de la pena adecuada a la culpabilidad resultan también efectos de prevención general; por el contrario, en el segundo, la culpabilidad se fundamenta en la prevención general y se mide de acuerdo con ella, es decir, la culpabilidad debe ser reconducida a la prevención general.

70 Frente a esta tendencia, están los planteamientos que consideran que la culpabilidad (al menos) "sirve para limitar las necesidades de la protección preventiva de los bienes jurídicos a la medida proporcional, es decir, aquella que puede ser compatible con la autonomía y dignidad del hombre", conservando de esa forma su autonomía frente a las necesidades preventivas(59). De esto resulta la conclusión enfática de que el principio de la culpabilidad sigue manteniendo su independencia y su función de límite. Es decir, "las consideraciones preventivas no permiten interpretar lo suficientemente ni son capaces de sustituirlo. Pero, tampoco podrá desconocer que las exigencias de la

(57) JAKOBS, G., "El principio de culpabilidad". En: *Derecho penal y Criminologia* N° 50, Vol. XV, p. 154.
(58) HÖRNLE, T., *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania. Op. Cit.*, p. 53.
(59) RUDOLPHI, H., "El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal". En: SCHÜNEMANN, B., (compilador). *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, p. 81 ss; SCHÜNEMANN, B., "La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo". En: SCHÜNEMANN, B., (compilador). *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, p. 172.

culpabilidad jurídico-penal, en su propia consideración, contienen elementos más o menos amplios de política criminal". Por tanto, según se entiende, el camino más adecuado para la teoría de la culpabilidad en el Derecho penal del futuro será determinar de forma más precisa la influencia de los puntos de vista preventivos en el concepto de culpabilidad y someterlos a la crítica(60), teniendo en cuenta que, en muchas concepciones sobre la determinación de la pena, las "relaciones entre culpabilidad y prevención permanecen ocultas"(61).

71 Cuando menos, hay propuestas en el sentido de "que consideraciones ajenas al acto y a su reprochabilidad puedan ser tomadas en cuenta por el legislador para disminuir el grado de pena que como respuesta a ellos resulte aplicable". La justificación consiste en que, "dado que la medida de la pena, como reflejo de la medida del ilícito y de la culpabilidad, es una garantía del individuo frente al Estado, nada obsta a que el Estado, como con cualquier otra garantía, pueda ampliar su ámbito de operatividad en favor del ciudadano"(62).

72 Así, firmada la idea en cuanto a la condición que se reconoce que la culpabilidad debe influenciar en la determinación de la pena, todavía resta verificar si es posible reconocer que también los fines de naturaleza preventiva pueden influenciar en esta determinación y, en caso afirmativo, cuál es el marco posicional de influencia.

73 Así, en general, se puede partir de una conclusión básica en el sentido de que en diversos ordenamientos jurídicos que integran un mismo entorno cultural predomina un modelo de determinación de la pena en el cual en el momento de la individualización se verifica una concurrencia de *criterios* inherentes tanto a la culpabilidad como a las necesidades de prevención(63) (64). Con gran precisión, se afirma, pues, que "a fin de lograr la descripción de un modelo básico del proceso de medición debe aclararse aun la relación de la

(60) STRATENWERTH, G., *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad. Op. Cit.*, p. 121 ss.

(61) ZIFFER, P. "Problemática de la individualización de la pena". En: BELOFF, M. y otros., *Determinación judicial de la pena*, p. 100.

(62) MAGARIÑOS, M., "Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena". En: BELOFF, M. y otros. *Determinación judicial de la pena*, p. 78.

(63) CARO CORIA, D., "Notas sobre la individualización judicial de la pena en el Código Penal peruano". En: *Rondando al Código Procesal Penal*, p. 2.

(64) Por ejemplo, el § 46 del *StGB* del ordenamiento jurídico alemán establece que: "(1) La culpabilidad del autor es el fundamento de la operación de medida de la pena. Deben ser llevados en consideración los efectos que son de esperar que la pena tenga sobre la vida futura del autor en la sociedad". Siendo explícita la mención a la culpabilidad, hay un total consenso en el sentido de que los "efectos" mencionados en la segunda parte si se refieren a las necesidades de prevención.

culpabilidad con la prevención y, dentro de la prevención, la relación entre prevención individual y general"[65].

74 Se sostiene que son razones de prevención general que deben prevalecer en el momento de la conminación abstracta de la pena; mientras que, en el momento de la imposición, más eficaz sería si el autor del delito recibe la pena amenazada en la ley, pero en forma proporcional a la medida de su culpabilidad (*principio de la medida de la culpabilidad - Schuldmassprinzip*), de modo que, al mismo tiempo, se intente disuadir a aquellos que corran el peligro de cometer un hecho semejante (*prevención general*) y se actúe sobre el propio autor, no solamente para disuadirlo del cometimiento de nuevos hechos, sino también para ayudarlo a superar las dificultades de adaptación relacionadas con la realización del hecho (*prevención especial positiva y negativa*). "La pena impuesta también debe compensar la culpabilidad del autor, asegurando a ella la oportunidad de obtener su expiación a través de su cumplimiento (principio de la culpabilidad-expiación - *Schuld-Sühne-Prinzip*)"[66].

75 Desde una perspectiva más actual –y en línea más normativa– se sostiene que "la *imposición de la pena* persigue una mayor *pluralidad de fines*": por un lado, hay el objetivo de asegurar de modo preventivo-general, para el futuro, la vigencia fáctica y normativa de la norma de conducta vulnerada, a través de la desaprobación de la conducta antinormativa realizada, confirmando la norma infringida y estabilizando –de modo contrafáctico– la confianza general en la observancia de las normas penales de conducta; pero la imposición de la pena también persigue la finalidad de prevención especial, en el sentido de motivar al autor concreto de la acción prohibida hacia el respeto y observancia de la norma de conducta que ha infringido[67].

76 Sin embargo, de esta tendencia general, en el régimen del CP peruano de 1991 ha sido adoptada una tesis que defiende la influencia de fines preventivos en la *individualización de la pena en sentido estricto*, es decir, determinación de la pena dentro de los límites fijados por ley, con arreglo en los principios de: protección de bienes jurídicos, ("la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley"), de culpabilidad ("la pena requiere de la responsabilidad penal del autor") y de proporcionalidad ("la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho")

(65) MAURACH, R. / ZIPF, H., *Derecho penal. Parte general I*, p. 113.
(66) DREHER, E. / TRÖNDLE, H., *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, § 46, nota marginal 2.
(67) RUDOLPHI, H., "El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal". *Op. Cit.*, p. 83.

previstos en los artículos IV, VII y VIII del CP, respectivamente, como proyección del artículo 1 de la Constitución peruana. Con base en estas referencias constitucionales y legales se ha argumentado que "un Derecho penal como el peruano solo puede tomar en cuenta la prevención general (...) a la hora de la amenaza penal, esto es, cuando el legislador redacta las escalas punitivas", mas no no en el momento de la determinación de la pena, porque en dicho momento "solo operan el grado de injusto y el grado de culpabilidad como criterios de individualización de la misma", atendiendo a la "prohibición de la doble valoración. En lo que a la prevención especial respecta, ello solo puede suceder en el momento de la ejecución de la pena y, por supuesto, cuando se alude a la determinación de la pena en sentido amplio (...) sin descontar los fines retributivos"(68).

Se oponía, pues, a la consideración de cualquier fin preventivo en la individualización de la pena en sentido estricto, el cual solo podría ser considerado en la determinación de la pena en sentido amplio. 77

Contra lo expuesto está el argumento de que una imagen de la determinación de la pena, a nivel general –es decir, en sentido amplio y estricto– que se centra solamente en el injusto y en la culpabilidad se aparta de una adecuada comprensión de esta problemática, en la que "puede distinguirse un fundamento real (*Realgrund*) o *causa essendi* de la medida de la pena que estriba en los antecedentes de hecho, un fundamento final (*Zweckgrund*) o *causa finalis* que se concreta en el fin perseguido con la pena, y un fundamento lógico (*logischer Strafzumessungsgrund*) o *ratio cognoscendi*, que conecta los presupuestos de la individualización con la individualización misma"(69). 78

Así, es posible sostener la necesidad de esta concurrencia entre culpabilidad y prevención; sin embargo, la forma en la que estos *criterios* deben ser considerados en el momento de la determinación de la pena sigue siendo una cuestión muy debatida también en el ordenamiento jurídico peruano. 79

Cuando menos, está la cuestión, ya explicada, de si, entonces, estos fines de prevención deben ser considerados solo en la determinación de la pena en sentido amplio, conforme ha sido sostenido, o si también pueden influir en la individualización de la pena "dentro de los límites fijados por la ley" (determinación de la pena en sentido estricto). 80

(68) Velásquez Velásquez, F., *Los criterios de determinación de la pena en el C. P. peruano de 1991. Op. Cit.*, pp. 11-12.

(69) Caro Coria, D., "Notas sobre la individualización judicial de la pena en el Código Penal peruano". *Op. Cit.*, pp. 4-5.

81 Importa, pues, hacer un análisis acerca del momento de incidencia o marco posicional del juicio de prevención en la determinación de la pena, al menos en términos de predominancia.

82 Para esto, un recuerdo acerca de los modelos teóricos de determinación de la pena que han sido desarrollados en el tiempo se revela oportuno, por supuesto, teniendo en cuenta el cuidado por la consideración de las peculiares características del modelo peruano.

V. Modelos de determinación de la pena

83 Pronto debe ser advertido que la exposición realizada en las líneas venideras persigue el único objetivo de informar las características generales de los modelos más tradicionales de determinación de la pena y establecer un raso comparativo con la forma como el tema ha sido objeto de tratamiento en el marco legal del ordenamiento jurídico peruano, con vistas a servir de referencia al aplicador del Derecho penal (juez o tribunal) en su labor. Por lo tanto, no se trata de identificar modelos correctos o incorrectos, mejores o peores, pero sí de proporcionar elementos que puedan enriquecer la necesaria fundamentación de las decisiones judiciales en este tan delicado momento de la intervención penal.

84 En líneas generales, es posible seguir la tesis de que "estos modelos parten de la necesidad de determinar la pena partiendo de la ponderación de la culpabilidad como fundamento de la pena y se diferencian en el modo en que puede modificarse por razones de prevención especial y general, pues el principio de culpabilidad constituye el medio para la limitación de la injerencia estatal"[(70)].

85 En la línea de las teorías de la retribución de la culpabilidad, los defensores de la *Teoría de la pena exacta* (*Punktstrafe*) sostienen que la medida de la culpabilidad está representada en el marco penal de forma fija, que corresponde a la medida definitiva de la pena. Es decir, la valoración de la culpabilidad registrada en el hecho concreto conduce a una medida exacta de pena, la que corresponde a un punto claramente determinable en el interior del marco establecido en los enunciados penales. En este sentido, las necesidades de prevención son consideradas criterios para verificar esta misma

(70) Ibídem, p. 4.

culpabilidad, de modo que son alcanzadas en la medida que se adecúa la pena a la medida de la culpabilidad(71).

Con base en este modelo, en la determinación de la pena, al órgano juris- 86
diccional solo cabe la misión de informar los preceptos que han sido objeto de infracción por el imputado, con la indicación de los supuestos de hecho que han resultado del proceso y que son indicativos de esta infracción de la norma, incluso aquellos de naturaleza personal que están relacionados al dolo y la negligencia. Desafortunadamente, es la técnica que prevalece en la práctica jurisdiccional.

Son muchas las críticas dirigidas a la *Teoría de la pena exacta* (*Punktstrafe*), 87
básicamente en razón de su postulado principal en el sentido de que la culpabilidad conduce a un punto fijo en el interior del marco penal y la consecuencia que de esto resulta en cuanto a no permitir ninguna consideración de puntos de vista preventivos en el proceso de determinación de la pena; motivo por el cual su aceptación es muy reducida en la actualidad. Al respecto debe apuntarse que "la consideración de que el injusto culpable merece una única pena, exacta o puntual, contribuye a un modelo de inmovilidad político-criminal, en el que el juez no tendría más alternativa que pronunciar esa pena adecuada a la culpabilidad"(72).

Igualmente, con las fuertes críticas que desde mucho le son dirigidas, se 88
verifica una concepción más actual de los modelos de la determinación de la pena, mirando el desarrollo de la ya mencionada "teoría de determinación de la pena proporcional, basada en la teoría de la pena puntual" (*Punktstrafe*), bajo la idea de "imparcialidad hacia el delincuente". Traduciendo, según esta teoría, el imputado "no debe ser culpado más y así no será castigado más de lo garantizado con respecto a la gravedad del delito"(73).

Considerando los términos en que la determinación de la pena ha sido 89
contemplada en el ordenamiento jurídico peruano, en especial con relación al

(71) Acerca de la *teoría de la pena exacta* consultar: Roxin, C., "La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena". En: *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, pp. 93-113; Maurach, R. / Zipf, H., *Derecho penal. Parte general I. Op. Cit.*, pp. 113-114; Zipf, H., "Principios fundamentales de la determinación de la pena". En: *Cuadernos de Política Criminal* N° 17, pp. 353-359, el cual atribuye a esta teoría la característica de una inamovilidad político-criminal: Magariños, M., "Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena". *Op. Cit.*, p. 74.

(72) Caro Coria, D., "Notas sobre la individualización judicial de la pena en el Código Penal peruano". *Op. Cit.*, p. 6.

(73) Hörnle, T., *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania. Op. Cit.*, p. 29.

muy bien elaborado sistema operativo basado en los tercios, no parece haber tenido una adhesión vinculada al modelo de la pena exacta, al menos en su versión tradicional. El hecho de que este modelo vincule la determinación de la pena a los dos pilares del injusto y de la culpabilidad, bajo los términos "responsabilidad y gravedad del hecho punible", que han sido considerados en el artículo 45-A del CP peruano, no basta para concluir que el modelo peruano se adhiere a la *Punktstrafe*, y, pues, a un estrecho vínculo con la "teoría de determinación de la pena proporcional".

90 De hecho, el numeral 1, del artículo 45-A del CP peruano establece que en la individualización de la pena, el juez determina la pena aplicable empezando por la identificación del "espacio punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito y la divide en tres partes".

91 Por tanto, en términos de contenido, la mención a un "espacio punitivo" que aún debe ser dividido "en tres partes" para que sea posible seguir en la dirección de la pena concreta, torna a este modelo en incompatible con cualquier idea de una pena exacta.

92 Ante los problemas y dificultades que genera la *teoría de la pena exacta* hay que distinguir dos opiniones dogmáticas muy prestigiadas. Por un lado, está la opinión consolidada que considera que la culpabilidad debe operar como un marco de libertad (o marco de culpabilidad), en el interior del cual deben operar otros criterios en la determinación de la pena (ya anticipado, las necesidades de prevención). Por otro lado, está la opinión que sostiene que la culpabilidad debe operar como límite no superable en la determinación de la pena.

93 Acerca de la primera, aún en la línea de las teorías de la retribución (de la culpabilidad) se encuentra la tradicional *teoría del marco de la culpabilidad*, también denominada *teoría del margen de libertad* (*Spielraumtheorie*). Según esta teoría "la pena debe corresponder a la medida de la culpabilidad, debiéndose verificar un marco limitado, en su parte superior, para la pena que, *todavía*, es adecuada a la culpabilidad y, en su parte inferior, para la pena que ya es adecuada a la culpabilidad. En el interior de ese espacio de juego, el juez deberá poder determinar la pena con vistas a criterios preventivos, resultando inadmisible transponer el espacio de juego tanto por encima como por debajo de los límites establecidos en virtud de la medida de la culpabilidad"(74). En términos

(74) Información de SCHÜNEMANN, B., "La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo". *Op. Cit.*, p. 173. Por referencia al ordenamiento jurídico alemán, en lo cual la determinación de la pena ha merecido un especial desarrollo, en la jurisprudencia esa formulación original de la *Spielraumtheorie* ha sido contemplada en los términos que se siguen: "no se puede determinar

breves, según esta teoría, la pena debe corresponder a la medida de la culpabilidad, teniendo un límite inferior y uno superior, en el interior del cual podrán incidir las finalidades de prevención. En síntesis, se trata de la introducción de las finalidades de prevención en el marco delimitado por la culpabilidad(75). Haciendo una traducción jurisprudencial de esta teoría, aún por referencia a la decisión marco del *BGHSt* 7, 28, 32, del ordenamiento jurídico alemán, ha sido sostenido que "lo que puso de manifiesto este precedente de 1954 fue que la *prevención* y la *justicia* pueden ser valoradas al condenar, y que tomar la prevención en cuenta es compatible con penar, basándose en la culpabilidad del delincuente", a lo que se ha añadido en decisiones posteriores la permisión para "la utilización de criterios preventivo-especiales dentro del ámbito de las condenas justas que se adaptan al delito"(76). Según se aclara, la llamada *Spielraumtheorie* "combina la carga retrospectiva del delito *(Bewertung der Tatschuld)* con consideraciones de prevención del delito, las cuales permiten influenciar la sanción en un cierto grado (*Spielraum*)"(77). Haciendo un contrapunto, se afirma sobre la *teoría del margen de libertad* que ella "evita, por un lado, la inamovilidad político-criminal de la pena exacta o puntual; pero, por otro lado, tampoco concede toda la libertad de acción que la prohibición de ultrapasar la culpabilidad permite al juez en la determinación de la pena"(78).

Acerca de esto, en detalles, y, pues, digna de mención integral es la aclara- 94
ración en el sentido de que:

con precisión que pena corresponde a la culpabilidad. Existe un margen de libertad (*Spielraum*) limitado en su grado máximo por la pena todavía adecuada. El juez no puede ultrapasar el límite máximo. No puede, por tanto, imponer una pena que en su medida o naturaleza sea tan grave que ya no sea por ello considerada como adecuada a la culpabilidad. Pero, el juez (...) puede sí decidir hasta dónde puede llegar dentro de este margen de libertad" (formulación original en *BGHSt* 7, p. 32).

(75) Acerca de la *teoría del margem de liberdad* consultar aún: MAURACH, R. / ZIPF, H., *Derecho penal. Parte general I. Op. Cit.*, p. 115, marg. 25; ROXIN, C., "La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena". *Op. Cit.*, pp. 93-113; ZIFFER, P., "Problemática de la individualización de la pena". *Op. Cit.*, p. 92. En la jurisprudencia del ordenamiento jurídico alemán, en la decisión BGHSt, 132/4 ha sido consignado que "la pena 'como compensación justa de la culpabilidad' no se puede desvincular conceptualmente de ésta 'ni hacia arriba, ni hacia abajo'". Informes generales sobre la teoría en: MAGARIÑOS, M., "Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena". *Op. Cit.*, p. 74.

(76) HÖRNLE, T., *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania. Op. Cit.*, pp. 23-24. Las mencionadas decisiones posteriores han sido: *BGHSt.* 20, 264, 267; *BGHSt.* 29, 319, 321.

(77) HÖRNLE, T., *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania. Op. Cit.*, p. 82, n. 4.

(78) ZIPF, H., "Principios fundamentales de la determinación de la pena". *Op. Cit.*, p. 357.

95 "Mientras el marco punitivo contiene la valoración abstracta de la materia del ilícito por el legislador, el marco de la culpabilidad representa la concreta valoración que el juez hace de la culpabilidad por el hecho respecto del acusado de la conducta materia de la acusación. De esta manera, la culpabilidad representa la porción del régimen legal de la pena que equivale al contenido concreto de ilícito y de culpabilidad del hecho. El juez llega al marco de la culpabilidad mediante la clasificación del hecho concreto dentro del esquema de valoración preestablecido por el régimen legal. El alcance de la culpabilidad se adecua dentro de un límite máximo y otro mínimo; dentro de estas fronteras están las magnitudes punitivas que el juez debe seleccionar, según puntos de vista preventivos"(79).

96 En torno a esto está la opinión que sostiene que "la teoría del margen de libertad se ajusta mejor a la realidad del acto de determinación de la pena", siendo que "la pena adecuada a la culpabilidad atiende a la prevención general en la medida en que favorece que la condena sea aceptada por la sociedad como una condena adecuada (justa), ayudando así a la estabilización de la consciencia jurídica general". Se trata de la pena valorada como justa por la generalidad y por el delincuente, cuyo contenido de prevención general contribuye a la estabilización de la consciencia jurídica general y al mantenimiento de la fidelidad al derecho por el público, con vistas a asegurar la paz jurídica y la validación de las normas(80). Acerca del contenido de esta prevención general se aclara que en la prevención general positiva es posible distinguir tres finalidades y efectos distintos, aunque imbricados entre sí: a) el efecto "pedagógico-social" de aprendizaje, traducido en el ejercicio de la fidelidad al derecho, que es ejercido sobre la población a través de la administración de la justicia penal; b) el efecto de confianza, que surge cuando el ciudadano comprueba que el derecho ha sido aplicado; y c) finalmente, el efecto de pacificación, que se produce cuando la consciencia jurídica general se tranquiliza, en virtud de la sanción, con relación a la violación de la ley y considera solucionado el conflicto con el autor. A este último efecto se alude frecuentemente con la

(79) MAURACH, R. / GÖSSEL, K. / ZIPF, H., *Derecho penal. Parte general II*, p. 694, n.m. 17.

(80) ROXIN, C., "La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena". *Op. Cit.*, pp. 93-113. Diciendo de forma indirecta que esta teoría sirve a todos los gustos en términos político-criminales, pues "puede parecer una *aproximación bastante razonable.* Desde la perspectiva de la política criminal, esto es obviamente un *compromiso*", en la medida en que permite "combinar nociones de justicia con elementos de pensamiento preventivos". HÖRNLE, T., *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania. Op. Cit.*

utilización del término "prevención integradora", el que permite establecer una distinción con la prevención general positiva, de la cual es apenas una parte(81).

En términos decididamente prácticos, en este modelo hay un más ele- 97
vado nivel de exigencias en lo que se refiere a la demostración del razonamiento político-criminal a ser informado por el juez en la fundamentación de la determinación de la pena. Como mínimo, cabe al órgano jurisdiccional el deber de informar en su fundamentación, con arreglo a lo que ha resultado del proceso, las razones por las cuales no se ha fijado la pena en el mínimo del marco abstracto; es decir, se ha fijado la pena por encima de la medida inferior del marco abstracto en atención a un mínimo superior de culpabilidad.

En oposición a la *teoría del marco de la culpabilidad* han sido formuladas 98
objeciones, en especial acerca del mencionado *marco de culpabilidad*, con el cuestionamiento sobre la real posibilidad de su identificación y su función en el proceso judicial de determinación de la pena. De entre las críticas que le son dirigidas "se señala que el 'marco' que propugna esta teoría, en realidad, no existe. Ahora bien, asumiendo la existencia del 'marco', otro problema que afronta esta teoría es la determinación de los criterios de prevención especial o general que han de entrar en consideración para dotar de contenido al referido margen de libertad"(82).

Es decir, en la línea de un "creciente escepticismo sobre la posibilidad de 99
lograr prevenir crímenes a través de las penas", ya se apuntaba, en tono crítico en cuanto a la consideración de fines preventivos en la determinación de la pena, "que es prácticamente imposible decir exactamente que tales penas poseen tales efectos preventivos". Por otro lado, además de ser "completamente imposible para los jueces realizar dichos juicios de manera científicamente seria", también hay que considerar que "valorar el entorno personal del delincuente y la necesidad social de disuasión en cada caso dado, tomaría demasiado tiempo para ser factible en la práctica cotidiana de los tribunales inferiores que se encargan de delitos de menor cuantía"(83). En el plano concreto, acerca de la influencia de la prevención general en la determinación

(81) Roxin, C., *Derecho penal. Parte general*, pp. 91-92, n.m. 27.

(82) Caro Coria, D., "Notas sobre la individualización judicial de la pena en el Código Penal peruano". *Op. Cit.*, p. 7.

(83) Hörnle, T., *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*. *Op. Cit.*, p. 25. En el mismo sentido, con el añadido de que "si en la práctica de la medición de la pena apenas se emplean en consideraciones preventivas, generales o especiales, la idea de un espacio de juego de penas adecuadas a la culpabilidad no puede guiar esa medición", p. 42.

de la pena, en términos criminológicos se argumenta que "los efectos disuasivos de la severidad de la sanción, en general, no pueden ser vistos. Mientras la probabilidad del castigo penal parece tener ciertos efectos disuasivos, los incrementos moderados del monto de la pena, no los tienen". En el mismo tono crítico, desde la perspectiva filosófica, se argumenta que "es *injusto* usar al delincuente y darle una pena mayor para la disuasión de otros". En términos decididamente prácticos, "si un juez, sin embargo, decide elegir penas sustanciales por razones preventivas, él sigue creencias subjetivas e intuiciones personales, las cuales son estándares problemáticos para las decisiones legales". Doctrinalmente, hay, pues, un acuerdo muy generalizado "en contra de la utilización de la disuasión al determinar la pena", siendo difícil identificar un apoyo en cuanto a su utilización "como el principal objetivo dentro de la teoría del ámbito de juego"(84).

100 Todavía hay que considerar la advertencia en el sentido de que, mientras la doctrina más reticente se manifiesta contraria a aceptar un agravamiento de la pena con base en razones intimidatorias recurrentes de necesidad de prevención general negativa "(aun dentro del 'marco de la culpabilidad'), la jurisprudencia alemana no parece abrigar demasiadas dudas al respecto, si bien siempre manteniéndose dentro del límite de la culpabilidad", y en los últimos tiempos imponiendo restricciones en el sentido de "exigir una justificación en circunstancias específicas del caso concreto para el aumento de pena en razón de la necesidad de intimidación general"(85).

101 Aun reproduciendo las mencionadas críticas a la *Spielraumtheorie*, en especial en cuanto a la inexistencia de un parámetro concreto para identificar la pena ya adecuada a la culpabilidad, acerca del particular aspecto de que "no es posible establecer un 'rango' para los distintos fines en aquellos casos en que dichos fines resultan antinómicos" se hace una ponderación de interés. La ponderación consiste en que "este argumento, por sí mismo, no puede resultar decisivo, ya que los fines antinómicos se plantean permanentemente en la argumentación jurídica que, con frecuencia, no hace otra cosa más que intentar establecer un equilibrio aceptable entre instituciones con finalidades opuestas"(86).

102 En el ordenamiento jurídico peruano, en la pendencia de una mención explícita y específica, el análisis acerca de la compatibilidad con este razonamiento político-criminal del procedimiento de determinación de la pena debe

(84) Ibídem, pp. 28-29.
(85) Ziffer, P., "Problemática de la individualización de la pena". *Op. Cit.*, pp. 93-94.
(86) Ídem.

ser sacado del conjunto de las normas previstas en el Código Penal, con arreglo a la Constitución[87]. Sin embargo, además de esta referencia más general, el filtro principal sigue siendo el que se contiene, en especial, en el artículo 45 y siguientes del CP, en cuyo interior deben ser sacadas las líneas maestras sobre la cuestión según ha sido informado.

Doctrinalmente se afirma, con énfasis, que "la legislación peruana, ha optado por esta tendencia"[88]. Desde esta perspectiva, el juez debe partir del marco penal "para determinar la pena o consecuencia en los casos de IJP (individualización judicial de la pena) en sentido amplio"[89]. 103

Esta interpretación se revela compatible con lo regulado en el artículo 45-A del CP peruano, el cual, en su numeral 1), en forma explícita, establece que en la determinación de la pena aplicable el juez "identifica el espacio punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito y la divide en tres partes". La mención explícita a un "espacio punitivo" permite interpretar que en el ordenamiento jurídico peruano hay una compatibilidad de este modelo con la *teoría del marco de la culpabilidad* (*Spielraumtheorie*), no tanto por la vigencia de la expresión "espacio" utilizada por el legislador, sino por el hecho de que el juez debe iniciar la determinación de la pena a partir, y en el interior, de este marco. 104

Conforme a la interpretación expuesta se afirma que, lejos de asumir un modelo basado en la pena tasada o que mira a una pena exacta y acorde al grado de culpabilidad, se ha buscado "acoger un sistema que –dejando un margen de discrecionalidad al juez para la valoración del injusto y la culpabilidad (pues el sistema de tercios siempre deja un margen para que el juez proceda a individualizar la pena), y de otros criterios de política criminal (p. ej. necesidad de pena)– contenga reglas claras y sistemáticas de determinación judicial de la pena"[90]. 105

Incluso, pese a la previsión del sistema de tercios, existe la tesis que sostiene que, "ubicado el tercio correspondiente, el juez procederá a individualizar la pena en atención al alcance o entidad del injusto cometido", teniendo 106

(87) Velásquez Velásquez, F., *Los criterios de determinación de la pena en el C. P. peruano de 1991. Op. Cit.*, pp. 6-7.

(88) Jiménez Niño, S., "La determinación de la pena". En: *Derecho y Cambio Social,* 2013, p. 3.

(89) Caro Coria, D., "Notas sobre la individualización judicial de la pena en el Código Penal peruano". *Op. Cit.*, p. 8.

(90) Oré Sosa, E., "Determinación judicial de la pena, reincidencia y habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la Ley N° 30076". *Op. Cit.*, pp. 2 y 3.

por referencia los tres factores previstos en los artículo 45 y 46 CP[91]. Esto refuerza la idea de que el artículo 45 CP peruano se refiere a la determinación de la pena, por un lado, tanto en sentido estricto como en sentido amplio y, por otro lado, en el sentido de que los tres criterios en ella previstos se refieren al injusto.

107 De forma más precisa, se sostiene que "los indicadores del artículo 46 del Código Penal –en virtud a criterios de prevención y de acuerdo al injusto del acto y a la culpabilidad del agente– solo permiten imponer una pena dentro de ese espacio de juego establecido por el legislador"[92], de modo que no se toma en cuenta la posibilidad de que fines preventivos pueden influenciar en la determinación de la pena en sentido estricto.

108 Sin embargo, con relación al texto del CP peruano de 1991 –con anterioridad a los cambios introducidos por la Ley N° 30076, del 19 de agosto de 2013–, la idea de considerar fines preventivos en la individualización de la pena, bajo el criterio de "la necesidad de la pena", ha sido combatida con vigor, por ser considerada "de espaldas al derecho positivo", además de "ser contraproducente y equívoca"[93].

109 Hecha la aclaración –y aún en línea con la idea del marco de culpabilidad–, pronto hay que advertir las características propias que deben ser identificadas en el modelo peruano, en particular en relación con algunas hipótesis que permiten al juez sobrepasar los límites del propio marco abstracto de pena superior, como se verifica, en especial, en las hipótesis de las *circunstancias agravantes cualificadas*.

110 Acerca de esto, el argumento es que de lo que se trata aquí es de la configuración de un nuevo marco de conminación penal, el que no invalida la compatibilidad del modelo con la idea del marco de culpabilidad.

111 En la doctrina, con relación a las *circunstancias agravantes cualificadas,* de forma aclaradora se afirma que "esta clase de circunstancias se distingue de las otras modalidades, porque su eficacia incide directamente sobre la estructura de la pena conminada. Esto es, sus efectos alteran o modifican los límites mínimos o máximos de la penalidad legal prevista para el delito, configurando un nuevo marco de conminación penal. Efectivamente, si se trata

(91) Ibídem, p. 5.
(92) Jiménez Niño, S., "La determinación de la pena". *Op. Cit.*, p. 3.
(93) Velásquez Velásquez, F., *Los criterios de determinación de la pena en el C. P. peruano de 1991. Op. Cit.*, p. 11.

de circunstancias agravantes cualificadas se produce una modificación ascendente que se proyecta por encima del máximo legal original, el cual ahora se convierte en mínimo"[94].

De este modo, la existencia y efectos de estas *circunstancias agravantes cualificadas* no contradicen la compatibilidad con la idea del marco de culpabilidad, aunque esta compatibilidad se trate solo de una línea de interpretación posible. 112

No siendo posible identificar en la actualidad adeptos a la *teoría de la pena exacta* (*Punktstrafe*) en su formulación original ya expuesta, la atención se centra en desarrollar la mencionada *teoría del marco de la culpabilidad* (*Spielraumtheorie*), con vistas a su evolución, particularmente en relación con la razón de naturaleza preventiva que es posible considerar como relleno del marco de culpabilidad[95]. 113

Ahora bien, en torno al contenido del marco de culpabilidad por razones preventivas, una de las tesis sobre esta cuestión –desarrollada bajo la denominación de *teoría del margen de libertad con centro de gravedad en la prevención especial*– parte de un modelo de determinación, en el cual, según la regla general, la pena debe ser adecuada al marco de culpabilidad –en el interior del cual actúan razones de naturaleza preventiva, fundamentalmente orientadas hacia la satisfacción de las exigencias de prevención especial y, de forma excepcional, a la limitación de las necesidades de prevención especial por exigencias superiores de prevención general, en especial cuando se verifica la necesidad de defensa del ordenamiento jurídico[96]–. Proyectada la idea en el ámbito de las fases de determinación de la pena, se argumenta, sin embargo, que "la finalidad preventivo-especial pasará a un primer plano en el momento de la imposición de la pena"[97]. Para esta *teoría*, el margen de libertad dejado por la pena adecuada a la culpabilidad solo puede ser rellenado tomándose en cuenta puntos de vista preventivos, con la admisibilidad sin límites de las consideraciones 114

(94) Prado Saldarriaga, V., *La determinación judicial de la pena en la Ley 30076*. *Op. Cit.*, pp. 40 y 41.

(95) Hörnle, T., *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*. *Op. Cit.*, p. 41.

(96) Zipf, H. "Principios fundamentales de la determinación de la pena". *Op. Cit.*, p. 355. Apuntando algunas ventajas en esta perspectiva, pues "la teoría penal de la prevención especial ayuda a alcanzar *más humanidad* en la determinación de la pena", de modo que "así el elemento de prevención especial dentro de la teoría del ámbito de juego sería visto como necesario para mantener los niveles de castigo bajos". Hörnle, T., *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*. *Op. Cit.*, p. 30.

(97) Eser, A. / Burkhardt, B., *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, p. 37, n.m. 45.

de prevención especial positiva, sobre todo, con vistas a la resocialización[98]. Por tanto, la pena fijada por razones de prevención especial en el interior del margen de libertad debe servir en lo más que se pueda a la resocialización, o por lo menos no debe perjudicarla[99].

115 Se parte de la idea de la culpabilidad como *fundamento* de la pena –ya puesta en tela de juicio– de modo que no puede ser impuesta pena sin culpabilidad. Pero esa culpabilidad no es fijada de forma exacta como un punto fijo, sino conforme a un *marco de culpabilidad* limitado en los niveles inferior y superior, generando, de ese modo, un margen de libertad para la determinación de la medida de la pena. En este margen de libertad deben actuar las razones de naturaleza preventiva, con privilegio de la prevención especial; la admisibilidad de consideraciones de prevención general solo en la medida de lo necesario para la defensa del ordenamiento jurídico; la inadmisibilidad de fijación de la pena por encima o por debajo de los marcos de culpabilidad por razones de naturaleza preventiva, funcionando la culpabilidad también como *límite* de la sanción penal; posibilidad de fijación de la pena en el marco superior de la culpabilidad por razones de prevención general negativa (intimidación), lo mismo que una pena fijada en el marco mínimo sea suficiente bajo los puntos de vista de la retribución y de la prevención especial; la imposibilidad de fijación de pena por debajo del marco inferior de la culpabilidad por razones de prevención especial. Acerca de los puntos mencionados, hay que registrar una fuerte divergencia en cuanto al entendimiento jurisprudencial de que si "lo scopo di prevenzione non debe permettere di superare il limite della pena giusta, ciò significa soltanto che bisogna rimanere entro tale margine", pero "fino a che il margine non è oltrepassato, è possibile aggravare la pena sulla base della ragione che la comunità debe essere intimidita"[100].

116 Sobre el contenido de prevención general positiva de la pena adecuada a la culpabilidad, se sostiene "que el juez, por razones puramente intimidatorias, no debe imponer una pena en el grado máximo del marco de culpabilidad cuando las consideraciones de prevención especial revelen que la pena a imponer debe estar orientada al grado mínimo de dicho marco"[101]. De ello se sigue que "la pena adecuada a la culpabilidad debe ser entendida en el sentido

(98) Roxin, C., "La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena". *Op. Cit.*, pp. 93-113.

(99) Roxin, C., "Prevención y determinación de la pena". En: *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, pp. 115-145.

(100) Volk, K., *Introduzione al diritto penale tedesco. Parte generale*, p. 27.

(101) Roxin, C., "La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena". *Op. Cit.*, p. 102.

de la teoría del margen de libertad y que la pena definitiva a ser impuesta, en el interior del marco de la culpabilidad, debe satisfacer solamente las exigencias preventivo-especiales, ya que la pena adecuada a la culpabilidad, incluso la impuesta en su grado mínimo, cubre las necesidades de la prevención general, entendida como prevención integradora socialmente, y tampoco la ley prevé una prevención intimidatoria que permita ir más lejos. Igualmente, también por razones político-criminales, debe ser rechazada una agravación de la pena motivada por razones preventivas intimidatorias"[102]. Además, de particular interés es la opinión que postula que la finalidad protectora del principio de la culpabilidad "impide que, tanto por razones preventivas generales como especiales, pueda ser impuesta una pena superior al grado máximo del marco de culpabilidad"[103].

117 Así como en relación con las otras teorías, la idea del relleno del marco de libertad por razones de prevención especial también ha sido objeto de críticas, en especial desde la perspectiva de la *teoría de determinación de la pena proporcional*. Sobre esto ha sido argumentado que, con independencia del recurso a la idea de la prevención especial en orden de promover humanidad, "es posible prestar atención a ciertas circunstancias especiales en la vida del delincuente y del delito, *dentro* de una teoría de la proporcionalidad". Porque, "en tales circunstancias especiales, los delincuentes *merecen* una pena más baja, pues uno no necesita una teoría del ámbito de juego para lograr mayor humanidad"[104]. La crítica es todavía más aguda, en cuanto "una aproximación preventivo-especial conduce, sobre todo, a penas más altas", en lo particular cuando se valora la biografía del delincuente, y los antecedentes y la reincidencia son utilizados como criterios para incrementar las penas acorde a ello[105].

118 Ahora bien, en términos decididamente prácticos, en este modelo de determinación de la pena son un poco mayores las exigencias de fundamentación del razonamiento político-criminal exigidas al órgano jurisdiccional. Con arreglo a los datos del proceso, además de informar en la fundamentación las razones por las cuales no ha fijado la pena en el mínimo inferior abstracto, al menos hay que informar la forma en que ha considerado la influencia de las razones de prevención especial, sea en el sentido ascendente, sea en el sentido descendente de la pena.

(102) Ibídem, pp. 102-103.
(103) Ídem.
(104) Hörnle, T., *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania. Op. Cit.*, p. 31.
(105) Ibídem, p. 32.

119 Con diferenciaciones en cuanto al modelo que ha sido descrito, en la línea de la creciente consideración de la culpabilidad como límite, hay otro modelo que se vincula a la idea de la *prohibición del exceso*. Así, "la forma y la aplicación de un derecho orientado a la obtención de determinados fines (*Zweckstrafrecht*) tiene su límite tanto en la inviolabilidad de la *dignidad humana* como en la *prohibición del exceso*". Puesto que "esto no solo es importante para la medida requerida para la prevención general, sino también para la forma de la incidencia preventivo-especial sobre el autor". De esto resulta que "tales fines solo pueden ser alcanzados, si el condenado siente el mal que se le ha impuesto como algo justo, merecido por el hecho cometido y adecuado a su culpabilidad". Resumiendo, "la legitimación del *ius puniendi* del Estado se fundamenta en el derecho de defensa de la sociedad, limitado en su forma y medida por el respeto a la dignidad del ser humano y por la prohibición de sobrepasar una retribución justa"[106]. De forma aclaradora sobre este modelo, se afirma que la prohibición del exceso sobre el grado de culpabilidad abre "un amplio campo de acción político-criminal para el juez a cargo de la medición de la pena, debido a que la valoración de la culpabilidad solo fija el límite superior dentro del marco de la pena y le deja libre el límite inferior"[107]. De hecho, se argumenta que este modelo "abre un enorme margen de acción político-criminal para el juez a la hora de determinar la pena"[108].

120 Proyectando en términos decididamente prácticos, en la perspectiva de este modelo son aún mayores las exigencias de fundamentación que incumben al órgano jurisdiccional, justamente en razón de este enorme margen de acción político-criminal que le ha sido otorgado. Como en este modelo la determinación de la pena no se vincula a un mínimo de culpabilidad, el juez –con base en los datos del proceso–, además de informar las razones por las cuales no ha fijado la pena en el mínimo inferior del marco abstracto, debe informar las razones de elección de la pena concreta.

121 Acerca del modelo de determinación de la pena en el ordenamiento jurídico peruano, de nuevo en un plan especulativo, no cabe descartar la posibilidad de que se trata de una *prohibición de exceso*, por la cual la culpabilidad debe operar como límite máximo, aunque los términos en los que el legislador ha tratado el tema, en especial en el artículo 45-A, 1, suenan también

(106) Eser, A. / Burkhardt, B., *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias. Op. Cit.*, p. 38, n.m. 48.

(107) Maurach, R. / Zipf, H., *Derecho penal. Parte general I. Op. Cit.*, p. 115, marg. 24.

(108) Zipf, H., "Principios fundamentales de la determinación de la pena". *Op. Cit.*, pp. 356-357.

comprensibles con la idea de un marco, con límites mínimo y máximo de determinación de la pena, ya explicado.

122 En línea con la idea de *prohibición de exceso*, como expresión del principio de la proporcionalidad, lo previsto en el artículo VIII del Título Preliminar del CP es explícito en el sentido de que "la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho". Por referencia al modelo anterior de determinación de la pena, pero con arreglo a la misma fundamentación, se añade que, incluso, en el plan constitucional esto resulta "del modelo de Estado diseñado por el artículo 1 de la Constitución: 'La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado'" (109). Aún por referencia al modelo anterior, en línea y como base de este último argumento acerca de los artículos VII y VIII del Título Preliminar del CP, se ha dicho que "'la pena requiere de la responsabilidad penal del autor' y 'la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho', respectivamente. Declaraciones que conciernen al fundamento y el límite de la pena. Conforme a la exposición de motivos, se diría 'la responsabilidad penal como fundamento de la aplicación de la pena' y 'la proporcionalidad de la pena como medida de la responsabilidad por el hecho'"(110).

123 Ya informada la divergencia sobre la consideración de fines preventivos en la *individualización* de la pena en la doctrina se argumenta que la pena adecuada a la gravedad o culpabilidad por el hecho debe operar como límite a las exigencias de prevención, introduciendo, como en la teoría del espacio de juego y en contra de la tesis de la pena puntual, una frontera superior que bajo ningún concepto podrá superarse con base en argumentos de prevención general o de prevención especial. Así, mientras la prevención general no puede introducirse lícitamente en la individualización judicial de la pena en sentido estricto, la prevención especial debe orientarse en este terreno al establecimiento de una pena acorde con la gravedad del hecho, pero que, a la vez, permita prever un impacto positivo en la vida futura del condenado, es decir, que persiga su no desocialización y la adecuación de su conducta externa a las expectativas normativas(111).

(109) Velásquez Velásquez, F., *Los criterios de determinación de la pena en el C. P. peruano de 1991. Op. Cit.*, p. 11.

(110) Hurtado Pozo, J., "Responsabilidad y culpabilidad: reflexiones sobre la dogmática penal". En: Hurtado Pozo, J., (director), *Anuario Derecho Penal 93: Asociación Peruana de Derecho Penal*, pp. 54-57. Apud: Velásquez Velásquez, F., *Los criterios de determinación de la pena en el C. P. peruano de 1991. Op. Cit.*, p. 23, n. 23.

(111) Caro Coria, D., "Notas sobre la individualización judicial de la pena en el Código Penal peruano". *Op. Cit.*, p. 12.

124 Aquí también cabe advertir las especificidades de este modelo, ahora con especial referencia a las hipótesis de las *circunstancias atenuantes privilegiadas*, que permiten al juez descender la pena incluso por debajo del mínimo legal original, el que puede servir de refuerzo al entendimiento de mayores concesiones a la idea de la *prohibición de exceso*.

125 Todavía, al igual que ocurre con las *circunstancias agravantes cualificadas*, ya explicadas, el argumento es que de lo que se trata aquí es de la configuración de un nuevo marco de conminación penal, con la fijación de un nuevo mínimo legal, el que no excluye la compatibilidad del modelo con la idea del marco de culpabilidad.

126 En la doctrina, en la perspectiva que se acaba de informar, se afirma que, "cuando concurre una circunstancia atenuante privilegiada, lo que varía de modo descendente es el mínimo legal original y que será sustituido por uno nuevo e inferior"[112].

127 Ahora bien, desde que es admitida la idea de la existencia de un marco inferior –de culpabilidad– se verifican desdoblamientos sobre el tema.

128 En el ordenamiento jurídico alemán, aquí elegido como referencia, esta cuestión es objeto de análisis en dos perspectivas. Por un lado, hay el entendimiento de que, en los casos normales, el juez deberá fijar la pena en atención a criterios preventivos especiales, por cierto aún en el interior de los límites del margen de libertad o culpabilidad, sin que pueda imponerle una medida por debajo de este marco[113]. Sin embargo, por otro lado, hay el entendimiento de que "no se puede sostener que el *StGB* –Código Penal– de la República Federal de Alemania prohíba de un modo general, e incluso en algún caso excepcional, imponer una pena por debajo del margen de libertad que permite la culpabilidad. Pues, si se considera la concepción total de la ley, es posible comprobar que en ella esa posibilidad es contemplada"[114]. Como fundamento para este entendimiento se invoca la totalidad del procedimiento de determinación de la pena, en especial el procedimiento que se prevé en el § 47 *StGB*, acerca de la excepcionalidad de la posibilidad de imponer una pena privativa de libertad inferior a los seis meses, solamente en los casos en que particulares circunstancias relativas al hecho o a la personalidad del autor tornan indispensable su imposición para un resultado más eficaz sobre ello o para la defensa del

(112) Prado Saldarriaga, V., *La determinación judicial de la pena en la Ley 30076*. *Op. Cit.*, p. 41.
(113) Roxin, C., "La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena". *Op. Cit.*, pp. 93-113.
(114) Ibídem, p. 108.

ordenamiento jurídico. Además, se invoca también el § 56, Nº 3 *StGB*, que indica que en el caso de condena a una pena de menos de seis meses no se verifica la suspensión de la ejecución de la pena, a pesar de ser indicada desde un punto de vista de prevención especial, pese a que la defensa del ordenamiento jurídico así lo exige. Con base en lo que establecen estos preceptos, considerados en su conjunto, se sostiene que es posible deducir que el Legislador obliga a (permite) imponer, por razones de prevención especial, una pena inferior a la correspondiente a la culpabilidad, cuando la pena correspondiente a la culpabilidad pueda tener en el caso concreto un efecto perjudicial para la resocialización. Es decir, el legislador parte abiertamente de que, en los casos en que la pena adecuada a la culpabilidad pueda tener un efecto contrario a la resocialización, la sociedad tolera una cierta pérdida en el tratamiento justo e igualitario en beneficio de la prevención especial. Solamente cuando la imposición de una pena inferior a la correspondiente al grado de culpabilidad parece incomprensible para la sensibilidad jurídica general, es que la prevención especial cede en favor de la "defensa del ordenamiento jurídico"(115).

La esencia de este planteamiento consiste en que "prolongar la duración 129
de la pena por razones de prevención especial más allá de la medida de la culpabilidad es considerado como inadmisible. Pero, mientras que con relación a este punto existe acuerdo en la doctrina, ello no ocurre en lo que respecta a la cuestión contraria: la posibilidad de admitir una pena por debajo de la culpabilidad"(116).

Certero, pues, y digno de registro integral es el argumento desarrollado 130
en el sentido de que:

> "La función de la prevención especial no puede ser la de crear miembros 131
> útiles a la sociedad, sino la de facilitarle al autor el actuar conforme al derecho. Pero; aun con los cuestionamientos que se le pueden formular tanto en cuanto a la imposibilidad de verificar sus postulados como con relación a su compatibilidad con el Estado de derecho, esto no significa que no pueda constituir un argumento plausible para desechar aquellas penas que podrían tener como consecuencia una definitiva desocialización del autor: permitiría definir así el monto que la pena *no debe alcanzar*"(117).

(115) Ibídem, p. 109.
(116) Ziffer, P., "Problemática de la individualización de la pena". *Op. Cit.*, p. 93.
(117) Ibídem, p. 97.

132 En síntesis, "la medida de la pena adecuada a la culpabilidad impone un límite infranqueable a los fines de prevención especial o general", vedando "que consideraciones ajenas a la acción ilícita y a su reprochabilidad puedan fundar o integrar la respuesta penal del Estado". Esto "sin perjuicio de que tales consideraciones pueden servir de base o fundamento para que el Estado disminuya o incluso, si la ley así lo previera, deje sin efecto la respuesta penal; pues ningún principio constitucional impide al Estado autolimitar al mínimo su intervención penal frente al ciudadano". Así expuesta esta perspectiva de la *prohibición del exceso*, se sostiene que esta teoría es la que mejor se adapta al significado y alcance de la determinación judicial de la pena que se oriente por la garantía un Derecho penal de acto, según la noción de la culpabilidad únicamente como límite máximo de la pena. En términos propiamente procesales, se propone una cesura del juicio en la que, "culminada la primera etapa con la fijación del monto máximo de pena, determinado de acuerdo con la culpabilidad", sea facultado al sentenciado la realización de una segunda fase mirando "decidir acerca de si, por razones de prevención especial, corresponde disminuir o mantener la pena que se fijó en la primera etapa"[118].

133 Ante esto, se sostiene que, siendo inadmisible la superación del marco superior, hacia abajo el límite de la culpabilidad no está asegurado, pues "en este caso no se deduce del principio del Estado de derecho una necesidad de protección del ciudadano afectado, ya que este solo puede ser beneficiado". Por esta razón, "el legislador puede permitir una pena inferior a la medida de la culpabilidad" en algunas hipótesis. Fijado, pues, que se trata de hipótesis establecidas por el legislador y no por el órgano jurisdiccional, "empero, si se autoriza también al juez una aplicación general de penas inferiores al límite mínimo de la culpabilidad, la pena pierde su función como justa compensación de la culpabilidad", cuestión que sigue sumamente discutida[119].

134 En la jurisprudencia, según ha sido informado a la época, "el Supremo Tribunal Federal mantiene, sin embargo, que amén de los límites máximos para una sentencia justa, existen también límites mínimos que tienen que ser respetados"[120].

135 Cercana de la línea de separación mencionada recientemente, se funda la *teoría del valor del empleo* (*Stellenwerttheorie*), erigida supuestamente como una

(118) Magariños, M., "Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena". *Op. Cit.*, p. 79 ss.
(119) Maurach, R. / Zipf, H., *Derecho penal. Parte general I. Op. Cit.*, p. 115, marg. 24.
(120) Hörnle, T., *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania. Op. Cit.*, p. 26.

superación de las deficiencias verificadas en la *teoría del margen de libertad*. En pocas palabras, esa teoría busca solucionar el problema de la antinomia de los fines de la pena, teniendo en cuenta tanto el punto de vista de la retribución como el de la prevención, pero asignando a cada uno un valor de empleo en la ley completamente diferente. Así, la perspectiva preventiva solamente debe ser considerada con relación a la determinación de la medida de la pena en sentido amplio v. g., la cuestión sobre la remisión de la pena, por el contrario, la medida de la pena en sentido estricto (acerca de su duración) solamente debe ser fijada en consideración al contenido de la ilicitud y culpabilidad del hecho(121).

136 En referencia al ordenamiento jurídico alemán, donde ha sido generada esta teoría, la idea es que la determinación de la medida de la pena –en los términos del § 46 *StGB*– debe ser realizada únicamente conforme al grado (del injusto y) de la culpabilidad, con abstracción de todo criterio preventivo referido a la determinación de la pena en sentido amplio, o sea, las decisiones, según el § 47 y siguiente del *StGB* –sobre la substitución de la pena privativa de libertad por la pecuniaria, sobre la suspensión condicional de la pena y la libertad condicional, sobre la advertencia con reserva de pena y la dispensa de pena–, deben ser tomadas exclusivamente en función de razones de naturaleza preventiva. "Retribución de la culpabilidad y prevención surgen aquí, por tanto, como grados sucesivos e independientes de la determinación de la pena"(122).

137 También la *teoría del valor del empleo* es sometida a diversas objeciones, en especial "en tanto asigna a la culpabilidad la misión de decidir por sí sola la duración de la pena"(123), además en cuanto a la circunstancia de eliminar toda influencia de la prevención especial en la determinación de la pena en sentido estricto.

138 Sin embargo, hay un entendimiento de que la *teoría del valor del empleo* (*Stellenwerttheorie*) es correcta "en sus tres cuartas partes". Es correcta en su primera mitad, en cuanto pretende determinar la medida de la pena en sentido amplio (las consecuencias jurídicas previstas en el § 47 y siguientes del

(121) Noticias en: Maurach, R. / Zipf, H., *Derecho penal. Parte general I. Op. Cit.*, p. 114, marg. 23; Caro Coria, D., "Notas sobre la individualización judicial de la pena en el Código Penal peruano". *Op. Cit.*, p. 7; Magariños, M., "Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena". *Op. Cit.*, pp. 74-75.

(122) Roxin, C., "Prevención y determinación de la pena". *Op. Cit.*, pp. 115-145; Ziffer, P., "Problemática de la individualización de la pena". *Op. Cit.*, p. 95.

(123) Magariños, M., "Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena". *Op. Cit.*, p. 79; Ziffer, P., "Problemática de la individualización de la pena". *Op. Cit.*, pp. 95 y 96.

StGB) exclusivamente en razón de criterios de prevención especial. Es también correcta en cuanto excluye la idea de la prevención general como componente autónomo agravante en la determinación de la pena en sentido estricto, o sea, conforme al § 46, *StGB*. En fin, al menos tendencialmente, ella es correcta en el sentido de que en el marco del § 46 *StGB*, la retribución de la culpabilidad debe ser colocada en primer plano, pero, en cuanto a las decisiones a tomar en los términos del § 47 y siguientes, la prevención asume el primer plano. Apuntados los aciertos, sigue la conclusión de que debe ser reconocido un marco de culpabilidad en la determinación de la pena según el § 46 *StGB*, el cual será completado, dentro de lo posible, por necesidades de prevención especial[124].

139 Sin embargo, en el ordenamiento jurídico alemán toda la argumentación anterior no ha sido suficiente para conducir la teoría de la determinación de la pena a un puerto más seguro, siendo posible detectar un cambio de planteamientos en las perspectivas consideradas más tradicionales y más autorizadas sobre el tema. Así, una perspectiva inicial –según la cual la pena adecuada a la culpabilidad ha sido cualificada como la mejor forma de quitar la antinomia de los fines de la sanción penal[125]– ha sido abandonada después de la entrada en vigor del § 46 *StGB*. Pero, con la reprobación de la *teoría del valor del empleo*, que ha sido considerada en contradicción con la regulación legal e insostenible en sus resultados[126], también se llega, posteriormente, a la conclusión de que existe una serie completa de razones favorables a la *teoría del valor del empleo* y que no sería de lamentar que esta *teoría* fuera predominante en la doctrina y en la praxis[127].

140 En términos decididamente prácticos, es posible advertir en este modelo una mayor sencillez *cualitativa* de las exigencias de fundamentación político-criminal que compete establecer al órgano jurisdiccional en la fundamentación de la determinación de la pena. Es decir, en una perspectiva *cuantitativa*, del mismo modo que se verifica en los otros modelos, el deber de fundamentación del órgano jurisdiccional es aquí doble, pues le cabe detallar las razones adoptadas en la determinación de la pena tanto en sentido estricto cuanto en sentido amplio. Sin embargo, al menos cualitativamente es posible identificar una mayor especificidad en cada una de ellas, pues, en relación con la determinación de la pena en sentido estricto, cabe al órgano jurisdiccional la

(124) Roxin, C., "Prevención y determinación de la pena". *Op. Cit.*, p. 144.
(125) Bruns, H., *Strafzumessungsrecht*, 1967, p. 252.
(126) Bruns, H., *Strafzumessungsrecht*, 1974, p. 221.
(127) Bruns, H., "Stellenwerttheorie oder Doppelspurige Strafhöhenbemessung". En: *Festschrift für Dreher* zum 70. Geburtstag: am 29. April 1977, p. 251 ss.

demostración de las razones específicas inherentes al injusto y a la culpabilidad, porque en la determinación de la pena en sentido amplio cabe la demostración de las razones específicas inherentes a la prevención (especial).

141 Haciendo la transposición para el ordenamiento jurídico peruano, ha sido sacado el argumento de que la postura que más se corresponde con las previsiones legales peruanas en el régimen de determinación de la pena anterior a la Ley N° 30076, del 19 de agosto de 2013, es la *teoría del valor del empleo* (*Stellenwerttheorie*), que concibe, como ya se visto, la influencia de razones de prevención especial tan solo en la *determinación de la pena en sentido amplio*, y se asienta en la idea de que "no es posible pensar en los fines preventivos como pautas para determinar la pena en sentido estricto"[128]. "Así las cosas, en cuanto se piensa en la determinación de la pena en sentido amplio, deben tenerse en cuenta no solo los fines retributivos, sino también los preventivos especiales (positivos)"[129].

142 Ante este entendimiento se argumenta que una explicación del anterior artículo 46 del CP peruano conforme a la *Stellenwerttheorie* no es satisfactoria si se toma en cuenta que introduce criterios preventivo-especiales que, en definitiva, influenciarán en el proceso de la individualización judicial de la pena en sentido estricto, ya desde el momento de establecer la duración o extensión de la pena dentro del marco legalmente establecido y no solo en la determinación de los sustitutos penales (individualización judicial de la pena en sentido amplio)[130].

143 Para sostener este entendimiento, aún por referencia al anterior artículo 46 del CP peruano, se ha invocado a "los criterios previstos en los nums. 9 (reparación espontánea) y 10 (confesión sincera), y en cierta forma a la consideración de las condiciones personales y circunstancias que conduzcan al conocimiento del agente (num. 11), cuya relevancia no solo puede estimarse desde la perspectiva del grado del injusto y de la culpabilidad, sino también conforme a la prevención especial"[131].

144 Ante la estructura del Código Penal vigente, hay argumentos que deben ser considerados para una interpretación en el sentido de que el legislador peruano no ha restringido la consideración de las razones de prevención

(128) Velásquez Velásquez, F., *Los criterios de determinación de la pena en el C. P. peruano de 1991. Op. Cit.*, pp. 12 y 25, n. 50.
(129) Ibídem, p. 9.
(130) Caro Coria, D., "Notas sobre la individualización judicial de la pena en el Código Penal peruano". *Op. Cit.*, pp. 10-11.
(131) Ibídem, p. 11.

especial (Art. 459) solamente a las decisiones de prognosis en la *determinación de la pena en sentido amplio.*

145 Desde luego, en una perspectiva sistemática hay que considerar que el legislador peruano ha abierto el programa de determinación de la pena justo con el artículo 45, que contiene el posible sentido de prevención especial mencionado, el que permite asignarle un carácter general. No olvidando la interpretación, ya mencionada, de que –del mismo modo que en el modelo anterior se ha considerado a la determinación de la pena en sentido estricto a que se refiere el artículo 45-A (con trazos comunes en el anterior artículo 46)– el artículo 45 también contiene la determinación de la pena en sentido amplio (*supra*). Así, en términos sistemáticos, es posible predecir que estas razones de prevención especial deben ser consideradas no solo en relación con la determinación de la pena en sentido amplio, sino también en relación con la determinación de la pena en sentido estricto, acerca de su medida.

146 Además, en términos de contenido, el legislador peruano ha hecho mención explícita al "juez" como el encargado de llevar a cabo la determinación de la pena teniendo en cuenta los presupuestos previstos en el artículo 45, lo que confirma que no se refiere a la hipótesis en la que solo el legislador ha de considerar razones de este tipo, sino también el propio órgano jurisdiccional (juez o tribunal).

147 Establecida la contradicción, la solución que se revela más adecuada a los términos legales y al correcto razonamiento político-criminal en el sentido de una pena justa depende de la caracterización de los factores de determinación de la pena. Sobre esto, está la opinión de que la introducción de criterios preventivo-especiales para fijar la extensión de la pena ha tenido acogida en la jurisprudencia y forma parte de un debate más amplio sobre la antinomia entre los fines de retribución y prevención en el proceso de individualización judicial de la pena[132].

148 Sin embargo, hay que tener muy en claro que, en caso de que se admita esta hipótesis, el fin de prevención especial que puede influir en la individualización de la pena es aquello de naturaleza positiva, en especial, en el sentido de no desocialización, con vistas a la identificación del tipo y la medida de la pena lo menos estigmatizante posible.

(132) Ídem.

Ahora bien, un análisis de estas hipótesis de consideración de fines preventivos en la determinación de la pena sería incompleta si no se hace mención a dos otros modelos, incluso más novedosos. 149

Desde luego, distinto de los planteamientos anteriormente esbozados, hay otro modelo que parte de la idea de que "la pena es siempre reacción ante la infracción de una norma. A través de la reacción siempre se pone de manifiesto que la norma debe ser observada. Y la reacción comunicativa siempre tiene lugar a costa del responsable por haber infringido la norma"(133). 150

Desde esta perspectiva, se llega a la *teoría de la prevención general positiva*. Se parte del presupuesto de que la existencia de la norma mira la obtención de una cierta regularidad de los comportamientos que posibilite la celebración de contactos sociales. O sea, la vida en sociedad presupone una cierta seguridad y estabilidad de las expectativas de cada sujeto ante el comportamiento de los demás. Las normas jurídicas expresan justamente expectativas estabilizadas de comportamiento, cuya validez no depende de su cumplimiento fáctico. Estabilizando las expectativas sociales, las normas sirven de orientación para el comportamiento de los ciudadanos en sus relaciones en el medio social. Si ocurre una frustración en la expectativa de vigencia de la norma eso no puede conducir a una renuncia a esa vigencia, pues ella podrá ser mantenida a través de una medida *contrafáctica*: la pena. Misión de la pena es, por tanto, "el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales"; o sea, a través de ella se obtiene la estabilización *contrafáctica* de la norma; a través de la pena se comunica para todos que el delito no ha debilitado la vigencia de la norma. Por lo tanto, la pena propicia un ejercicio de confianza en la norma. En esa medida, el Derecho penal tiene como misión la estabilización social, la orientación de la acción y la institucionalización de las expectativas por la vía de la restauración de la confianza en la vigencia de las normas(134). 151

Sobre esta noción de la prevención general positiva se argumenta que "logra explicar de forma más o menos convincente por qué en ciertos casos en los que no hay necesidad de resocialización ni de intimidación (por la improbabilidad de que el hecho se repita), de todos modos, las sociedades no están dispuestas a renunciar a la pena, por cuanto su aplicación reafirma el ordenamiento jurídico"(135). Así, "en la aplicación de la pena no se trata de 152

(133) JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, p. 8, m. 2.
(134) Ibídem, p. 9 ss, a partir del m. 4.
(135) ZIFFER, P., "Problemática de la individualización de la pena". *Op. Cit.*, p. 97.

lo que el autor se 'merece' según la opinión general, sino de aquello que es necesario para mantener la confianza. Es decir, que la necesidad de pena se independiza de las 'sensaciones' generales en un caso concreto, y son definidas a través de la idea del 'mantenimiento de la confianza en el ordenamiento jurídico'"[136].

153 Sin embargo, el mencionado entendimiento en torno a la prevención general positiva no se proyecta a cada sector del proceso punitivo en su totalidad, sino deja algunas brechas, las cuales deben ser rellenadas, *a un nivel inferior*, por otros criterios, más propiamente, por la prevención especial, subsidiaria, en particular, en el momento de la ejecución penal[137]. Contrariamente a lo definido por culpabilidad en el marco de otras teorías, aquí es la *prevención general positiva* la que delimita el marco de la punibilidad, considerando que no cabe separar los dos conceptos. Ese marco puede ser completado por razones de prevención especial, no reconociéndose la posibilidad de determinación de la pena por debajo del marco inferior mínimo. Al lado de esta forma de unificar la prevención general positiva con la prevención especial subsidiaria, el margen de libertad puede ser completado por ambas formas de prevención, como *equivalentes posibles* para la solución de conflictos. La forma de esta equivalencia debe ser determinada en razón de la mayor eficacia para solucionar el conflicto. La contestación a la cuestión sobre cuál modo de solucionar el conflicto deberá ser elegido, si bien no tiene que recaer siempre a favor de una única forma, v. g., la defensa del ordenamiento jurídico [§ 56, N° 3 *StGb*], sí puede ser asignada una parte a cada modo de solución, unificando en este sentido estos modos[138].

154 En detalles, se aclara que "de la teoría de la prevención general positiva no es posible extraer una medida determinada de pena", pues ella solo "puede proporcionar un 'marco', configurado por la 'reacción que ya debe ser tomada en serio y aquella que todavía no resulta exageradamente estricta'". Se hace, pues, una analogía "con el marco de culpabilidad descrito por la teoría del margen de libertad", pero desde un concepto de culpabilidad determinado funcionalmente, en los términos de la prevención general positiva. Este cambio es justificado como forma de resolución de los problemas planteados por la noción estricta de culpabilidad tradicionalmente cuñado. De esta noción estricta de culpabilidad resultan los problemas en cuanto a ser el principio de culpabilidad el fundamento legitimador de la pena, actuando como condición

(136) Ibídem, p. 102.
(137) Jakobs, G., *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Op. Cit.*, p. 35, m. 50.
(138) Ibídem, p. 36 e m. 51.

necesaria para su imposición. Además, "en la medida en que la culpabilidad actúe como límite para el logro de los fines preventivos, estos fines ya no pueden ser cumplidos efectivamente, con lo cual dejan de constituir un fundamento real para la decisión en la que se individualiza la pena, y se convierten en expresiones vacías, en fines puramente ficticios". El mencionado problema es resuelto "al ubicar los fines de prevención general, por así decirlo, 'dentro' de la culpabilidad; de modo tal que el concepto adquiere un contenido específico, inescindible de su finalidad". Así, según se entiende, el problema queda parcialmente reducido a la cuestión de la identificación de la adecuada medida de la culpabilidad a ser considerada en la determinación de la pena, pero "redefinida según los fines preventivos que debe alcanzar la pena"(139).

155 En la práctica se ha adoptado este modelo. La demostración del razonamiento político-criminal por el órgano jurisdiccional será, todavía, muy exigente, pues hay un mayor desplazamiento de las características del hecho concreto. Mejor dicho, también aquí el órgano jurisdiccional deberá atenerse a las características del hecho resultantes del proceso. Aun con base en estas características, el órgano jurisdiccional deberá demostrar algo que ha considerado que es exterior al hecho y al agente: las necesidades de prevención general positiva, en especial la potencialidad del hecho para desestabilizar la vigencia de la norma. Aunque no sea nada imposible esta demostración, por supuesto que es más exigente y, todavía, muchísimo más necesaria.

156 Los términos expresos y explícitos de la actual reglamentación de la determinación de la pena en el ordenamiento jurídico peruano no permiten sorprender prontamente espacios para su compatibilidad con este modelo. Sin embargo, desde que se admite que la determinación de la pena debe ser hecha con base en el "hecho histórico verificable judicialmente" y en "función a su magnitud y significado social o político-criminal"(140), esta compatibilidad puede surgir en la medida en que el juez deba determinar la pena según las necesidades de prevención general positiva. Esto implica que la pena debe ser determinada según la necesidad de estabilizar las normas (significado político-criminal) que aseguran la celebración de los contactos sociales (significado social). Se trata de una interpretación forzada del uso de estos términos e implicaría un detallado desarrollo dogmático del modelo de determinación de la pena, con el riesgo de fracturas en el modelo.

(139) Ziffer, P., "Problemática de la individualización de la pena". *Op. Cit.*, pp. 94-95.
(140) Prado Saldarriaga, V., *La determinación judicial de la pena en la Ley 30076*. *Op. Cit.*, p. 41.

157 Sobre esto, en análisis sobre una compatibilidad de este entendimiento con el modelo anterior de determinación de la pena del ordenamiento jurídico peruano ha sido advertido que el modelo de determinación de la pena guiado por razones de prevención es "una fórmula hueca susceptible de ser rellenada con contenidos diversos e imprecisos, que tornan la individualización no en una tarea judicial llamada a brindar seguridad jurídica, sino en una actividad de adivinación que posibilita afianzar las cacerías de brujas en nuestros países". La pena "fundada en consideraciones meramente preventivas que están orientadas a evitar la proliferación del delito, no es por entero una pena por un hecho propio, sino una pena que, parcialmente, lo es por hechos ajenos"(141).

158 Por último, sometida a severas críticas la idea de la culpabilidad como fundamento en la determinación de la pena según los planteamientos anteriores, en especial a la *teoría del marco de libertad*, sigue otro modelo en el sentido de que, en un Derecho penal preventivo y moderno, que defiende el abandono de las teorías de la retribución, "una pena que sirve únicamente a una función preventiva solamente puede ser determinada, en lo que se refiere al contenido, por el mismo fin preventivo y su medida debe ser establecida también desde un punto de vista preventivo". Dado que la prevención general es obtenida a través del proceso de interiorización de normas y valores culturales por la población, el Derecho penal, en virtud del interés en una protección eficaz de los bienes jurídicos, debe reaccionar contra las lesiones de estos bienes de forma distinta, escalonada en razón del valor de los concretos bienes y del grado de su exposición a peligro expresada en el hecho. "Así, la medida de la pena depende, a partir de perspectivas preventivas, en primer lugar, de la gravedad de la lesión de los bienes jurídicos y, en segundo lugar, de la intensidad de la energía criminal". Al principio de la culpabilidad debe corresponder, de la misma forma que en la fundamentación de la pena, "una mera función de limitación, vedando que sean llevadas en consideración todas aquellas circunstancias que el autor no puede conocer y que, por tanto, no le pueden ser reprobadas"(142). En la determinación de la medida de la pena así esbozada, las consideraciones de prevención especial pueden desempeñar una función apenas en relación con las decisiones de pronóstico, como aquellas que son exigidas en los casos de suspensión de la pena conforme al § 56 *StGB* del ordenamiento jurídico alemán y decisiones similares (determinación de la pena en

(141) Velásquez Velásquez, F., *Los criterios de determinación de la pena en el C. P. peruano de 1991. Op. Cit.*, pp. 11, 24-25, n. 46.

(142) Schünemann, B., "La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo". *Op. Cit.*, p. 173.

sentido amplio), de modo que esas consideraciones nunca podrán incidir sobre la pena preventivo-general en perjuicio del autor, pero, sí apenas, en su favor (en caso de pronóstico favorable)[143].

159 Comparado con lo anterior, este entendimiento resulta más sencillo en términos decididamente prácticos, en la medida en que hay un lastro todavía más concreto para que el órgano jurisdiccional haga la demostración del razonamiento político-criminal en la fundamentación de la determinación de la pena. Es decir, la demostración por el órgano jurisdiccional de las necesidades preventivas en la fundamentación resulta más efectiva, teniendo en cuenta la referencia al valor de los bienes jurídicos y el grado de su afectación o exposición a peligro, bien así a la "intensidad de la energía criminal", el que puede ser sostenido con base en los datos del hecho histórico verificable en el propio proceso.

160 Confrontada la idea con la que se verifica en la reglamentación de la determinación de la pena en el ordenamiento jurídico peruano, un más detallado análisis no excluye de pronto su compatibilidad con el entendimiento por último esbozado.

161 Por tanto, es necesario recurrir una vez más al artículo 45-A, en el punto en que establece que "para determinar la pena dentro de los límites fijados por ley, el juez atiende la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido".

162 Si a pesar de la ya explicada vinculación al injusto y a la culpabilidad en género –en el sentido de que, por un lado, por "*gravedad* del hecho punible" se interpreta "la gravedad de la lesión de los bienes jurídicos" (*supra*) y, por otro lado, por "responsabilidad" se entiende la "intensidad de la energía criminal" (*supra*)–, el que no es nada censurable teniendo en cuenta la forma como estos conceptos son concebidos doctrinalmente, se puede decir que están puestas las condiciones iniciales para una eventual compatibilidad de la determinación de la pena en el ordenamiento jurídico peruano con el modelo acabado de esbozar.

163 Es decir, si se adopta una perspectiva que considere que en la determinación de la pena en sentido estricto deba ser considerado como criterios el injusto y la culpabilidad, siendo el primero relacionado a la afectación al bien jurídico, es posible reconocer la mencionada compatibilidad. Así, ya visto, "por ello, justamente, se utiliza en codificaciones penales como la peruana el grado

(143) Ibídem, p. 176.

de injusto como criterio de tasación de la pena, pues, para el legislador, no es lo mismo cometer una conducta típica y antijurídica de hurtar una mercancía en un almacén de cadena que una de asesinar a un grupo de niños con un coche-bomba"(144).

164 De todo lo analizado acerca de los distintos modelos de determinación de la pena, lo único que es posible concluir es que el modelo de determinación de la pena del ordenamiento jurídico peruano, aunque esté firmemente anclado en categorías dogmáticas integrantes de la teoría jurídica del delito (en particular a las categorías del injusto y de la culpabilidad), que se aproxima a las tendencias retrospectivas próximas –pero no coincidentes– con la teoría de la pena proporcional, también revela trazos de contacto con los demás modelos.

VI. Bibliografía

165 Bruns, Hans-Jürgen, "Stellenwerttheorie oder Doppelspurige Strafhöhenbemessung". En: *Festschrift für Dreher* zum 70. Geburtstag: am 29. April 1977, Walter de Gruyter, Berlin-New York; Bruns, Hans-Jürgen, *Strafzumessungsrecht*. Carl Heymanns, Köln, Berlin, Bonn, München, 1967; Bruns, Hans-Jürgen, *Strafzumessungsrecht*. 2ª edición. Carl Heymanns, Köln, Berlin, Bonn, München, 1974; Caro Coria, Dino Carlos, "Notas sobre la individualización judicial de la pena en el Código Penal peruano". En: *Rondando al Código Procesal Penal*. Corte Superior de Justicia de Cajamarca, Cajamarca, 2014; Dreher, Eduard / Tröndle, Herbert, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. 45ª edición. Beck, München, 1991; Eser, Albin / Burkhardt, Björn, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*. Traducción Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Meliá. Colex, Madrid, 1995; Hörnle, Tatjana, *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*. Fabián J. Di Placido Editor, Buenos Aires, 2003; Hurtado Pozo, José. "Responsabilidad y culpabilidad: reflexiones sobre la dogmática penal". En: Hurtado Pozo, José (director), *Anuario Derecho Penal 93: Asociación Peruana de Derecho Penal*. Grijley, Lima, 1993; Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Traducción Joaquin Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Marcial Pons, Madrid, 1995; Jakobs, Günther, "El principio de culpabilidad". Traducción de Manuel Cancio Meliá. En: *Derecho Penal y Criminologia* Nº 50, Vol. XV, Bogotá may./ago, 1993; Jiménez Niño, Sergio, "La determinación de la pena". En: *Derecho y Cambio Social,* 2013. Disponible en <http://www.derechoycambiosocial.com>

(144) Velásquez Velásquez, F., *Los criterios de determinación de la pena en el C. P. peruano de 1991. Op. Cit.*, p. 16.

(acceso 01/09/2018); MAGARIÑOS, Mario, "Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena". En: BELOFF, Mary y otros, *Determinación judicial de la pena*. Del Puerto, Buenos Aires, 1993; MAURACH, Reinhart / GÖSSEL, Karl Heinz / ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte general II*. Traducción de Jorge BOFILL GENZSCH. 7ª edición. Vol. 2. Astrea, Buenos Aires, 1995; MAURACH, Reinhart / ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte general I*. Traducción Jorge BOFILL GENZSCH y Enrique AIMONE GIBSON. 7ª edición. Astrea, Buenos Aires, 1994; ORÉ SOSA, Eduardo, "Determinación judicial de la pena, reincidencia y habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la Ley N° 30076". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal* T. 51, setiembre 2013; PÁUCAR CHAPPA, Marcial Eloy, "Nuevas reglas de determinación de la pena: 'el sistema de tercios'". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal* T. 51, setiembre 2013; PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Determinación judicial de la pena y acuerdos plenarios*. Idemsa, Lima, 2010; PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *La determinación judicial de la pena en la Ley 30076*. Documento de la Maestría PUCP 2015-2. Disponible en <http://www.ac-firma.com/biblioteca/opac_css/doc_num.php?explnum_id=19> (acceso 27/07/2018); PRADO SALDARRIAGA, Víctor, "Las circunstancias atenuantes genéricas del artículo 46 del Código Penal". En: *Thémis - Revista de Derecho* N° 68, 2016; ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*. Traducción de Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, y Javier DE VICENTE REMESAL. Civitas, Madrid, 1997; ROXIN, Claus, "La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena". En: *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*. Traducción de Francisco MUÑOZ CONDE. Reus, Madrid, 1981; ROXIN, Claus, *Política criminal y sistema del Derecho penal*. Traducción Francisco MUÑOZ CONDE. Bosch, Barcelona, 1972; ROXIN, Claus, "Prevención y determinación de la pena". En: *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*. Traducción Francisco MUÑOZ CONDE. Reus, Madrid, 1981; RUDOLPHI, Hans-Joachim, "El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal". En: SCHÜNEMANN, Bernd (compilador). *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*. Traducción Jesús-María SILVA SÁNCHEZ. Tecnos, Madrid, 1991; SCHÜNEMANN, Bernd, "La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo". En: SCHÜNEMANN, Bernd (compilador), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*. Traducción Jesús-María SILVA SÁNCHEZ. Tecnos, Madrid, 1991; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, "La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático) un primer esbozo". En: *Indret* 02/2007. Disponible en <http://www.indret.com/pdf/426_es.pdf> (acceso 01/09/2018); STRATENWERTH, Günter, *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*. Traducción Enrique BACIGALUPO Y ZUGALDÍA. Civitas, Madrid, 1980; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *Los criterios de determinación de la pena en el C. P. peruano de 1991*. 2008. Disponible en <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_30.pdf> (acceso 27/07/2018); VOLK, Klaus, *Introduzione al diritto penale tedesco. Parte*

generale. Cedam, Padova, 1993; ZIFFER, Patricia, "Problemática de la individualización de la pena". En: BELOFF, Mary y otros, *Determinación judicial de la pena*. Del Puerto, Buenos Aires, 1993; ZIPF, Heinz, "Principios fundamentales de la determinación de la pena". Traducción de Santiago MIR PUIG. En: *Cuadernos de Política Criminal* N° 17, Madrid 1982.

§ 46-A
Circunstancias agravantes por condición del sujeto activo

MERLY EDQUÉN OLIVERA
Abogada en Derecho penal
(Perú)

Sumario

	Nm	P
I. Introducción	1	814
II. Fundamentos político-criminales de la agravante específica por condición del sujeto activo	4	815
III. Circunstancias que modifican el *quantum* de pena aplicable al hecho punible	17	818
1. Naturaleza de la agravante por condición del sujeto activo	25	820
IV. Contenido del artículo 46-A que regula una circunstancia agravante por la condición del sujeto activo	29	821
1. Condiciones del sujeto activo reguladas en el artículo 46-A que lo hacen merecedor de la agravación de la pena.	32	822
1.1. Cuando el sujeto activo es miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público	36	823
1.2. Cuando el sujeto activo ha sido funcionario o servidor público, y aprovecha los conocimientos adquiridos en el ejercicio de su función para cometer el hecho punible	37	823
1.3. Cuando el sujeto activo, desde un establecimiento penitenciario donde se encuentra privado de su libertad, comete el delito de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, trata de personas, terrorismo, extorsión o secuestro...	41	824
2. Consecuencias jurídicas de la aplicación de la agravante por la condición del sujeto según lo prescrito por el artículo 46-A del Código Penal	43	825
3. Inaplicación de la agravante por la condición del sujeto y la prohibición del *ne bis in idem* ..	44	825
V. Bibliografía	45	826

§ 46-A.- Agravante por condición del sujeto activo

"Constituye circunstancia agravante de la responsabilidad penal si el sujeto activo se aprovecha de su condición de miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público, para cometer un hecho punible o utiliza para ello armas proporcionadas por el Estado o cuyo uso le sea autorizado por su condición de funcionario público.

En estos casos el Juez aumenta la pena hasta la mitad por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, no pudiendo ésta exceder de treinta y cinco años de pena privativa de libertad.

La misma pena se aplicará al agente que haya desempeñado los cargos señalados en el primer párrafo y aprovecha los conocimientos adquiridos en el ejercicio de su función para cometer el hecho punible.

Constituye circunstancia agravante, cuando el sujeto activo, desde un establecimiento penitenciario donde se encuentre privado de su libertad, cometa en calidad de autor o partícipe el delito de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, trata de personas, terrorismo, extorsión o secuestro.

De igual modo, constituye circunstancia agravante cuando el sujeto activo, en su desempeño como prestador de servicio de transporte público de personas, ya sea como conductor, copiloto, cobrador o ayudante, cualquiera sea su naturaleza o modalidad; o de servicio de transporte especial de usuarios en vehículos menores motorizados; o simulando ser conductor, copiloto, cobrador, ayudante o pasajero de dichos servicios, cometa delitos contra la libertad sexual, homicidio, asesinato, sicariato, secuestro, robo, marcaje o reglaje.

En tal caso, el juez puede aumentar la pena hasta un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, no pudiendo exceder de treinta y cinco años de pena privativa de libertad.

No será aplicable lo dispuesto en el presente artículo cuando la circunstancia agravante esté prevista al sancionar el tipo penal o cuando esta sea elemento constitutivo del hecho punible".

I. Introducción

1 La regulación en la parte general del Código Penal de una circunstancia agravante teniendo en cuenta la condición del rol social que desempeña o desempeñó el sujeto activo, obedece necesariamente a la situación privilegiada que ostenta dentro de la sociedad. Es su situación privilegiada la que justamente permite al legislador otorgar un tratamiento más severo en caso de que su rol sea transgredido. Estos sujetos a quienes la norma exige un cumplimiento probo de su deber son: miembros de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público.

2 Estas personas, a diferencia de los demás ciudadanos, cumplen roles de importancia dentro la sociedad, tales como guardar la seguridad del Estado, el funcionamiento de las instituciones públicas, la seguridad ciudadana, la correcta administración de justicia, entre otros. En consecuencia, cuando sus funciones no son cumplidas por razones que le son atribuibles a su comportamiento, la norma los castiga con mayor severidad, agravando los límites de sanción penal, incluso por encima del máximo legal establecido en el tipo penal concreto –*un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito concreto*–.

3 En adelante se abordarán algunas consideraciones de importancia que, en puridad, expresan la legitimidad de la prescripción normativa contenida en este artículo 46-A, así como, el contexto político-criminal que permitió la existencia de esta norma en el Código Penal.

II. Fundamentos político-criminales de la agravante específica por condición del sujeto activo

El artículo 46-A prescrito en la Parte General del *Código Penal regula una circunstancia agravante por la condición del sujeto activo*. Este precepto comprende a miembros de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público. Es decir, se justifica normativamente la agravación de la pena por el deber especial que ostenta el sujeto activo. Este artículo fue introducido por primera vez en el Código Penal por medio del artículo 2 de la Ley N° 26758, publicada el 14 de marzo de 1997 durante el gobierno de Alberto Fujimori Fujimori. Dicha modificación señalaba lo siguiente: 4

> "Artículo 46-A.- Constituye circunstancia agravante de la responsabilidad penal si el sujeto activo se aprovecha de su condición de miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público, para cometer un hecho punible o utilice para ello armas proporcionadas por el Estado o cuyo uso le sea autorizado por su condición de funcionario público. 5
>
> En estos casos el Juez podrá aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, no pudiendo esta exceder del máximo de pena privativa de libertad temporal establecida en el artículo 29 de este Código. 6
>
> No será aplicable lo dispuesto en el presente artículo cuando la circunstancia agravante esté prevista al sancionar el tipo penal o cuando esta sea elemento constitutivo del hecho punible". 7

Diez años después, el 22 de julio de 2007, el artículo 46-A del Código Penal fue objeto de una primera modificatoria, esta vez desde el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 982, norma que fue dada en el contexto de la Ley N° 29009, Ley que otorga al Poder Ejecutivo facultades para legislar en materia de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, extorsión, crimen organizado, trata de personas y pandillaje pernicioso[1]. El tenor 8

(1) Ley N° 29009, artículo 1 que establece: "Deléguese al Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, crimen organizado y pandillaje pernicioso, por un plazo de sesenta (60) días hábiles contados a partir de la vigencia de la presente Ley, en los términos que hace referencia el artículo 104 de la Constitución Política del Perú, con el objeto de adoptar e implementar una estrategia integral para combatir eficazmente los citados delitos". En ese sentido, se entiende que el fin teleológico de la norma, solo alcanza a los delitos delegados y no a otros, además que, que constitucionalmente se exige que solo sea en la forma y modos delegados –**materia específica**–, razón por la cual no

de dicha modificatoria fue introducir nuevos presupuestos de agravantes por condición del sujeto activo, cuya literalidad es la siguiente:

9 "La misma pena se aplicará al agente que haya desempeñado los cargos señalados en el primer párrafo y aprovecha los conocimientos adquiridos en el ejercicio de su función para cometer el hecho punible.

10 Constituye circunstancia agravante, cuando el sujeto activo desde un establecimiento penitenciario donde se encuentre privado de su libertad, comete en calidad de autor o partícipe el delito de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, trata de personas, terrorismo, extorsión o secuestro. En tal caso, el Juez podrá aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, no pudiendo exceder de treinta y cinco años de pena privativa de libertad".

11 Finalmente, dicho artículo fue modificado *–no sustancialmente–* por el artículo 2 de la Ley N° 30054, publicada el 30 de junio de 2013, norma vigente que regula lo mismo que los presupuestos de la anterior ley. Como se puede evidenciar, la novedad la introdujo el Decreto Legislativo N° 982, al introducir modificaciones en la actual regulación del artículo 46-A en situaciones donde el sujeto activo, aunque no sea funcionario público, utilice los conocimientos que en dicha condición haya adquirido para cometer el hecho ilícito. Es decir, ya no solo se agravará la pena si el sujeto utiliza su condición de funcionario, sino que también adquiere mayor reproche penal si el hecho ilícito es cometido usando los conocimientos adquiridos en su desempeño como tal, aunque ya no ostente la investidura de funcionario en ese momento. Es decir, se aplicará la agravante aun cuando el agente activo ha dejado de ser funcionario público.

12 Además de ello, también se incluyó como circunstancia agravante la condición del sujeto activo cuando "desde un establecimiento penitenciario donde se encuentre privado de su libertad" comete los delitos de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, trata de personas, terrorismo, extorsión o secuestro, sea en calidad de autor o partícipe. Aunque aquí la norma es poco clara, debe entenderse que el sujeto activo que comete nuevo ilícito penal lo hace en su condición tanto de sentenciado como de preventivo, y, del mismo modo, el ilícito cometido no es dentro del establecimiento penitenciario, sino que tiene una proyección hacia el exterior. Interpretación que da cuenta sobre la imposibilidad de cargar al imputado los defectos en la falta de diligencia de los

se podría extender a otros delitos de los no contenidos en la norma. Véase el artículo 104 de la Constitución Política del Perú.

aparatos estatales, por cuanto es claro que una persona privada de su libertad se encuentra en custodia de la Administración Pública, y los defectos de esta no tendrían que significar mayor responsabilidad al interno.

En consecuencia, tales presupuestos normativos habilitan al juez para 13
incrementar la pena hasta un tercio por encima del máximo legal fijado en el delito cometido. Cabe precisar que dicho incremento de la pena no puede ser ilimitado o arbitrario, sino que debe ir acorde con los presupuestos regulados en el Código Penal, de tal suerte que se incrementa la pena sin exceder el máximo de pena privativa de libertad establecido en el artículo 29 del Código Penal, es decir, 35 años. Esta circunstancia agravante que ha previsto el legislador cumple con los fines preventivos de la pena establecidos en los artículos I y IX del Título Preliminar del Código Penal y, los principios generales del Derecho Penal establecidos en los artículos II, IV, VII y VIII del mismo cuerpo normativo.

El principio de legalidad establecido en el artículo II del Título Preliminar establece la garantía de la *lex praevia, lex certa, lex scripta* respecto a los presupuestos penales sobre los cuales ha de imponerse una medida punitiva al sujeto activo. Por su parte, el principio de lesividad –artículo IV del Título Preliminar– precisa que el reproche penal está en función de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. También el principio de responsabilidad penal guarda con acierto el mayor reproche al sujeto por su condición en función del injusto cometido, siempre que tal circunstancia agravante sea reflejo de una relación de causalidad con la lesión concreta al bien jurídico y la condición del sujeto. Y, finalmente, el principio de proporcionalidad de las sanciones, las cuales no pueden ser irracionales o ilimitadas, sino que reflejen con justicia el injusto cometido. 14

En ese sentido, cuando se aplique la circunstancia agravante por la condición del sujeto activo, el juez penal analizará el modo cuantitativo y cualitativo de la sanción que corresponde aplicar al autor o partícipe del hecho punible, decisión que debe cumplir con todos los principios constitucionales antes mencionados. Es decir, justificar la agravación de la pena en función de la mayor capacidad del agente para lesionar el bien jurídico protegido, tanto en uso de la investidura o de la aplicación de los conocimientos adquiridos durante el ejercicio de una función o cargo. 15

Finalmente, queda precisar que cuando se aplique esta circunstancia de agravación de la pena, esta no es de uso automático, siempre debe obedecer al uso de la función o del conocimiento adquirido en dicho ejercicio para lograr la lesión del bien jurídico. Y cuando dicha circunstancia no se compruebe 16

objetivamente, no se puede aplicar automáticamente. Esto en salvaguarda del principio de culpabilidad y legalidad.

III. Circunstancias que modifican el *quantum* de pena aplicable al hecho punible

17 Las circunstancias que modifican la pena aplicable al hecho punible son "elementos accidentales o innominados dentro de la estructura del delito que influyen en la determinación de la pena"[2]. En ese sentido, el objetivo de su presencia en la determinación de la pena radica en la necesidad de establecer con mayor criterio de justicia los límites del injusto que será objeto de reproche a su autor. Es decir, se trata de una mejor graduación de su responsabilidad, sobre la base de determinar las circunstancias que han influido en su conciencia y en sus estados motivacionales[3].

18 La característica principal de las circunstancias que modifican la responsabilidad penal es que al ser calificadas como "circunstancias" significa que no forman parte de la redacción típica de ilícito penal, sino que se presentan para delinear los límites de la imposición penal. En consecuencia, debe quedar claro que su presencia no determina la existencia o no del delito, pues el delito como tal tiene plena autonomía respecto de la circunstancia que modifica el *quantum* de la pena a imponerse.

19 Las circunstancias que delimitan el reproche penal de la conducta ilícita pueden clasificarse de dos maneras: por sus efectos y por su naturaleza. Ambas categorías son fácilmente aprehensibles en lo dispuesto en el Código Penal. Así, por sus efectos pueden presentarse como: atenuantes, agravantes y mixtas. Las circunstancias atenuantes serán aquellas que establecen un menor reproche penal por la conducta ilícita *–menor injusto, menor culpabilidad o menor punibilidad–* y se encuentran redactadas tanto en la Parte General como en la Parte Especial, por ejemplo: el artículo 22 de la Parte general del Código Penal que regula la responsabilidad restringida por razón de la edad, y el artículo 146 de la Parte especial del Código Penal que regula el móvil de honor en la comisión de los delitos contra el estado civil.

20 Serán circunstancias agravantes aquellas que establezcan un mayor reproche penal por la conducta ilícita a sancionar *–mayor injusto o mayor culpabilidad–*, por ejemplo, el artículo 46-A de la parte general del Código Penal que regula una agravante por la condición del sujeto activo. Y, finalmente, las

(2) Acuerdo Plenario N° 8- 2009/CJ-116, fundamento noveno.
(3) Bustos Ramírez, J. / Hormazábal Malarée, H., *Lecciones de Derecho penal.* Volumen II, p. 396 ss.

circunstancias mixtas, que son aquellas que pueden tener un tratamiento diferido en función del hecho punible cometido, por ejemplo: el artículo 121-A y el artículo 110, en los cuales resulta el parentesco del autor con la víctima como una circunstancia agravante y atenuante respectivamente.

Por otro lado, respecto a la clasificación de las circunstancias por su naturaleza, estas se pueden subclasificar en: comunes o genéricas, especiales o específicas, y elementos accidentales. Las circunstancias comunes o genéricas son aquellas que pueden aplicarse a cualquier delito, y por ese motivo se encuentran estipuladas en la parte general del Código Penal, por ejemplo: el artículo 46 del CP Por su parte, serán circunstancias especiales o específicas aquellas que se estipulan para un delito en concreto, razón por la cual están prescritas en la Parte Especial del Código Penal, por ejemplo: el artículo 189, que regula robo agravado, y el artículo 297, que regula el tráfico ilícito de drogas agravado. 21

Hasta aquí, tanto en las circunstancias genéricas o específicas, así como, en las circunstancias atenuantes, agravantes y mixtas, se han regulado tanto en la Parte General como en la Parte Especial del Código Penal. Dichas circunstancias nunca han sido parte de los elementos típicos del delito, sino que modificaban el mayor o menor reproche del injusto o del ilícito penal. Sin embargo, los elementos típicos accidentales sí forman parte de los elementos constitutivos del tipo penal, convirtiendo el hecho punible en un tipo penal cualificado, por ejemplo: el artículo 107 del CP, y el artículo 110 del CP 22

Cabe precisar que la importancia de conocer estos conceptos previos radica en la necesidad de tener claro qué tipo de circunstancias modifican la responsabilidad penal del agente, la legitimidad de su aplicación y la manera de determinar la pena concreta al agente[4]. Recuérdese que la determinación de la pena tiene dos momentos: el ámbito abstracto y el ámbito concreto. El primero corresponde a la "–identificación de la pena básica– sobre el que tendrá movilidad"[5] el juzgador al momento de establecer los límites mínimos y máximos del tipo penal, mientras que el segundo momento está referido a la "–individualización de la pena concreta– examinar la posibilidad de una mayor concreción en la pena abstracta"[6], en el cual se evaluarán todas las cir- 23

(4) Sobre el particular, es importante tener en cuenta que el análisis de las circunstancias que determinan la responsabilidad penal forma parte de un análisis de segundo tiempo en la determinación judicial de la pena. En un primer momento se establecerá los límites mínimos y máximos de la pena, y, luego, se individualizará las circunstancias que concurren en el caso concreto.

(5) Acuerdo Plenario N° 8- 2009/CJ-116, fundamento octavo.

(6) Ídem.

cunstancias presentes en el caso concreto y en el autor del hecho a efectos de establecer el monto de la pena a imponer.

24 Como se puede advertir, el precepto a desarrollar está presente en el segundo momento de determinación de la pena, es decir, en el momento de realizar el análisis concreto del *quantum* de la pena a imponer al agente activo bajo un análisis circunstanciado de su condición y los elementos que rodean la conducta punible.

1. Naturaleza de la agravante por condición del sujeto activo

25 Como se puede advertir, la circunstancia regulada en el artículo 46-A es de naturaleza genérica, por cuanto su presencia está contemplada en la Parte General del Código Penal. No obstante, un análisis primario de los presupuestos circunstanciados que regula este precepto normativo nos lleva a pensar que su aplicación no obedece a su naturaleza, puesto que no operará en la determinación de la pena para cualquier delito que se regule en la Parte Especial del Código Penal, sino que se aplicará en los supuestos donde no quepa la comisión de delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos. En otras palabras, su aplicación surtirá los efectos perseguidos por el legislador cuando se aplique a los actos cometidos por algún miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público, siempre que tal circunstancia no esté expresamente prevista en el supuesto fáctico normativo.

26 Sobre el particular, si se centra la atención en todos los presupuestos de condición que ostenta el sujeto activo incluidos en el artículo 46-A –dejando de lado el término "autoridad"–, se puede concluir que existe ya un apartado especial del Código Penal que regula todos los comportamientos ilícitos que puede realizar un funcionario o servidor público en donde justamente está valorada su condición, y que si se pretendiera aplicar lo regulado en este artículo a dichos delitos, se estaría irremediablemente trasgrediendo el principio de *ne bis in idem*[7]. Es decir, existe una prohibición constitucional de valorar dos

(7) STC Exp. N° 03495-2011-PHC/TC, f. j. 2. Establece que es un derecho fundamental que se desprende del artículo 139, inciso 2 de Constitución Política y, que tiene un doble contenido: "Por un lado ostenta un **carácter procesal** y otro un **carácter material**. Entender a este principio desde su vertiente procesal implica '(...) respetar de modo irrestricto el derecho de una persona de no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho (...)' o no '(...) ser juzgado dos veces por los mismos hechos, es decir que un mismo supuesto fáctico no puede ser objeto de dos procesos penales distintos o si se quiere que se inicien dos procesos penales con el mismo objeto (...)'" (STC Exp. N° 2050-2002-AA/TC). Mientras que desde su vertiente material "(...) expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por la misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador (...)" (STC Exp. N° 2050-2002-AA/TC)".

veces un mismo supuesto fáctico, puesto que tanto en el artículo 46-A, como los delitos especiales cometidos por funcionarios o servidores públicos, ya se encuentra valorada la posición prevalente del sujeto activo sobre el bien jurídico tutelado. Por esa razón, resulta ilegítimo e inconstitucional valorar dos veces un mismo presupuesto.

Por otro lado, respecto a la condición del sujeto referida al término "autoridad", esta circunstancia pareciera haber extendido el ámbito de aplicación de la norma, pues por autoridad puede comprender a toda aquella persona que desempeña un cargo público, sea el director de un colegio o sus profesores, autoridades comunales, entre otras. Situación que amerita un examen de razonabilidad en la aplicación de esta agravante, pues se aplicará únicamente en los casos donde exista una relación de causalidad del resultado entre la condición de sujeto y la mayor vulnerabilidad –*lesión*– del bien jurídico protegido. Cuando esta relación no esté presente debería aplicarse un razonamiento que respete el principio proporcionalidad y duda a favor del inculpado. 27

Esta interpretación restrictiva de la agravante contenida en el artículo 46-A también alcanza a los límites de prescripción de la acción penal, afirmación que ha sido objeto de pronunciamiento jurisprudencial en el Acuerdo Plenario N° 8-2009/CJ-116. En dicha oportunidad se arribó a una interpretación uniforme del artículo 80 del Código Penal, estableciendo que el espíritu de la norma era establecer los límites ordinarios y extraordinarios de prescripción en función de lo "(...) fijado por la Ley para el delito", haciendo imposible adicionarle el incremento de la pena establecido en la agravante contenida en el artículo 46-A para los efectos del cómputo de la prescripción. Con este razonamiento quedan cumplidas entonces "dos garantías puntuales: la criminal –que exige que la conducta esté prevista en la ley con suficiente precisión o determinación– y la penal –que exige la previsibilidad de las penas en la ley y que sean determinables–"[8]. Esta afirmación tiene sentido, sobre todo porque la circunstancia agravante aparece recién en un estadio posterior a la pena abstracta establecida en la norma, y su influencia solo alcanza a los límites de la pena concreta. 28

IV. Contenido del artículo 46-A que regula una circunstancia agravante por la condición del sujeto activo

Como ya se ha referido en líneas anteriores, el incremento punitivo que regula el artículo 46-A está referido a las cualidades especiales del sujeto activo y su prevalente posición frente al bien jurídico protegido. Así, el Derecho penal 29

(8) Acuerdo Plenario N° 8- 2009/CJ-116, fundamento undécimo.

reprocha con mayor gravedad su conducta dado que es justamente en esta persona en quien recae mayores deberes de cuidado y lealtad para el funcionamiento de un Estado de Derecho: *funcionario, servidor púbico y autoridad*, situación que se traduce con justicia en un mayor desvalor de la acción.

30 Sobre el particular, es importante llamar la atención que esta circunstancia de agravación no siempre se va a presentar, pues su uso en la determinación de la pena dependerá siempre de la existencia del dato objetivo que el agente "aproveche de su condición de funcionario o servidor público, o, utilice los conocimientos adquiridos en dichos cargos para la comisión del hecho". Entonces, se entiende que la presencia de esta agravante estará condicionada a la relación que se pruebe –*mediante dato objetivo*– entre la conducta punible y el aprovechamiento del cargo que ostenta o el conocimiento que adquirió en dicha función. En ese sentido, "la ostentación de una determinada condición profesional, incrementará la culpabilidad, cuando existe una relación interna (*innere Beziehung*) entre una profesión o posición del sujeto y el propio hecho delictivo"(9).

31 Del mismo modo, no resultará legítima la aplicación de esta agravante cuando el tipo penal por el que se investiga al sujeto contempla ya en su descripción típica el mayor reproche de culpabilidad por su condición, es decir, que el tipo penal ya contempla la agravación de la pena, y no existe, por tanto, la necesidad de establecer un doble reproche por la misma cualidad específica.

1. Condiciones del sujeto activo reguladas en el artículo 46-A que lo hacen merecedor de la agravación de la pena

32 El artículo 46-A establece tres presupuestos independientes que identifican las características que debe tener el sujeto activo a efectos de agravar la pena. Estos presupuestos son los siguientes:

33 a) Cuando el sujeto activo es miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público.

34 b) Cuando el sujeto activo ha sido funcionario o servidor público, y aprovecha los conocimientos adquiridos en el ejercicio de su función para cometer el hecho punible.

35 c) Cuando el sujeto activo, desde un establecimiento penitenciario donde se encuentre privado de su libertad, comete en calidad de autor o partícipe el delito de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, trata de personas, terrorismo, extorsión o secuestro.

(9) Acuerdo Plenario N° 8- 2009/CJ-116, fundamento sexto.

1.1. Cuando el sujeto activo es miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público

36 El artículo 46-A otorga mayor reproche a la conducta ilícita desplegada por un miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público. Al parecer, personas con una calidad específica dentro de la Administración Pública. Sobre todo, respecto a los alcances del concepto de funcionario o servidor público para el Derecho penal(10). Sin embargo, queda por definir los alcances del término "autoridad", el cual deja un amplio margen de interpretación al administrador de justicia, haciendo de esta una cláusula abierta, dado que el concepto de autoridad es tan amplio como se pueda presentar los ejemplos: director de una escuela pública o privada, miembros del tercio estudiantil, centro federado, autoridades *de facto* y de hecho, etc. En efecto, una clara vulneración del principio de legalidad.

1.2. Cuando el sujeto activo ha sido funcionario o servidor público, y aprovecha los conocimientos adquiridos en el ejercicio de su función para cometer el hecho punible

37 Esta circunstancia introducida en el artículo 46-A amplía el ámbito de aplicación a supuestos donde el sujeto activo aproveche los conocimientos adquiridos en su anterior condición de autoridad, funcionario o servidor público, y lo utilice para cometer el ilícito penal. Aquí ya no se reprocha la investidura y la posición de prevalencia del sujeto para lesionar el bien jurídico protegido. En este caso, se reprocha la mayor capacidad y experticia del agente activo, es decir, los conocimientos especiales que este tiene y que son utilizados para cometer el delito.

38 Sobre el particular, de la redacción del artículo 46-A, párrafo tercero, se entiende que la persona comete el delito por autoría directa, autoría mediata o en coautoría, pero no es posible entender que la conducta de la persona sea a título de participación en el delito. Lo último sería una interpretación extensiva de la norma, además que sería contrario a los fines que persigue la misma, pues se agrava la pena cuando el agente *–cualificado: exautoridad, exfuncionario o ex servidor público–* utiliza sus conocimientos especiales para la comisión del hecho punible.

39 Aquí el sujeto activo no tiene una posición prevalente sobre el bien jurídico protegido, como sí lo tiene el sujeto comprendido en la redacción del primer

(10) Artículo 425 del Código Penal.

párrafo del artículo en mención. En este caso, los conocimientos del agente facilitan la comisión del hecho, haciendo más vulnerable el bien jurídico protegido frente a sus conocimientos especiales. En este contexto, los conocimientos especiales son utilizados con el fin de que se logre un ataque al bien jurídico[11]. Es decir, la antijuridicidad de la conducta ha de ser reflejada en la utilización de los conocimientos especiales para permitir la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, por cuanto el desvalor del resultado se halla en el marco de la posición subjetiva del autor respecto al bien jurídico protegido por su grado de tecnicismo al haber sido autoridad, funcionario o servidor público.

40 En efecto, para la aplicación de dicha agravante no solo se requiere situar la imputación del resultado en una lesión o puesta en peligro del bien jurídico sobre la base de los conocimientos de un hombre promedio, sino que se requiere que dicho resultado no deseado por el Derecho penal sea producto de la utilización de los conocimientos especiales del agente. Sin embargo, no ha de ser cualquier conocimiento, sino solo aquellos adquiridos en su calidad de autoridad, funcionario o servidor público.

1.3. Cuando el sujeto activo, desde un establecimiento penitenciario donde se encuentra privado de su libertad, comete el delito de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, trata de personas, terrorismo, extorsión o secuestro

41 En este párrafo se regula una circunstancia agravante distinta a las dos primeras. Aquí el sujeto activo se encuentra en un establecimiento penitenciario privado de su libertad, y pareciera ser que, por dicho motivo, cuando cometa un delito de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, crimen organizado y pandillaje pernicioso se le agravará la pena. Pese a ello, es importante advertir que dicha circunstancia de agravación no puede ser tolerada únicamente en función de la calidad de "sujeto privado de libertad", pues ello sería contradictorio a los mandatos de igualdad y no discriminación en un Estado de Derecho.

(11) Díaz Arana, A., "La relevancia de los llamados conocimientos especiales en la determinación de la violación al deber objetivo de cuidado". En: *Cuadernos de Derecho Penal*, enero-junio de 2014, p. 115. Disponible en <https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjtpKHsjtjhAhWstlkKHa8NCVQQFjABegQIBBAC&url=https%3A%2F%2Frevistas.usergioarboleda.edu.co%2Findex.php%2Fcuadernos_de_derecho_penal%2Farticle%2Fdownload%2F312%2F261%2F&usg=AOvVaw1lsGylh2kXfi9S4a5ew3_H>, consultado el 13 de noviembre de 2018.

En consecuencia, el motivo de dicha agravación por la condición del sujeto pareciera ser la pertenencia a una organización criminal o la comisión de un delito grave conforme lo ha prescrito el artículo 1 de la Ley N° 29009, y se aplicará la agravante cuando igualmente, en dicha situación, se comete un delito similar a los ya descritos en la Ley N° 29009. Por consiguiente, lo que el legislador desvalora en este presupuesto normativo no es el comportamiento delictivo o modo de vida que ha tenido el sujeto –*eso se deja de lado en la reincidencia y habitualidad*–, sino que la agravante se sustente en un hecho de grave trascendencia para la sociedad y que la afectación del bien jurídico sea de mayor magnitud que la propia consideración de "sujeto privado de su libertad", lo contrario nos llevaría al exceso de valorar doblemente el *modus vivendi* del sujeto, el cual ya se valora en la habitualidad. 42

2. Consecuencias jurídicas de la aplicación de la agravante por la condición del sujeto según lo prescrito por el artículo 46-A del Código Penal

Sobre el particular, la redacción del artículo 46-A establece claramente las consecuencias que se le asignan a una persona cuando de la individualización de la pena le resulta aplicable esta agravante. El Código Penal dice que "el juez aumenta la pena hasta la mitad por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, no pudiendo esta exceder de treinta y cinco años de pena privativa de libertad". En consecuencia, queda claro que la agravación de la pena puede exceder los límites máximos de la pena abstracta fijada en la norma, pero que no puede exceder los límites normativos previstos en el artículo 29 del Código Penal. 43

3. Inaplicación de la agravante por la condición del sujeto y la prohibición del *ne bis in idem*

Como ya se ha señalado *supra*, cuando la agravante se encuentre precisada como un elemento del tipo penal, esta no puede ser valorada como una circunstancia modificatoria que agrave la situación del inculpado. Dicha afirmación se encuentra plenamente respaldada por la prohibición del *ne bis in idem,* en donde una misma situación *de facto* o de hecho no puede ser valorada dos veces contra el mismo sujeto. 44

V. Bibliografía

45 Bustos Ramírez, Juan / Hormazábal Malarée, Hernán, *Lecciones de Derecho penal*. Volumen II. Trotta, Madrid, 1999; Díaz Arana, Andrés Felipe, "La relevancia de los llamados conocimientos especiales en la determinación de la violación al deber objetivo de cuidado". En: *Cuadernos de Derecho Penal*, enero-junio de 2014; Sentencia del Tribunal, Expediente N° 03495-2011-PHC/TC; Acuerdo Plenario N° 8- 2009/CJ-116.

§§ 46-B, 46-C
Reincidencia y habitualidad

JORGE CABRERA GUIRAO(*)
Max-Planck-Institut para Derecho penal extranjero y Derecho penal internacional
Freiburg (Alemania)

Sumario

	Nm	P
I. Introducción	1	828
II. Problemas generales de legitimación, sistematicidad y eficacia de la agravación de la conducta delictiva reiterada	3	830
1. La reiteración y habitualidad como elementos agravantes del injusto..	5	831
2. La reiteración y habitualidad como elementos agravantes de la culpabilidad	9	834
2.1. Agravación de la culpabilidad como consecuencia de la omisión de la advertencia contenida en la sentencia condenatoria	9	834
2.2. Justificación del agravamiento de la culpabilidad en consideración a los fines de la pena	11	836
III. Fundamentos legislativos de la reincidencia y la habitualidad en el Código Penal y cuestiones de constitucionalidad	18	840
1. En cuanto a los fundamentos legislativos de la incorporación de las agravantes calificadas de reincidencia y habitualidad en los artículos 46-B y 46-C del Código Penal	18	840
2. En cuanto a la constitucionalidad de las normas de reincidencia y habitualidad contenidas en los artículos 46-B y 46-C del Código Penal	21	841
IV. Configuración y efectos de las agravantes contenidas en los artículos 46-B y 46-C del Código Penal	23	843
1. La agravante de reincidencia del artículo 46-B del Código Penal	24	843
1.1. La configuración de la agravante de reincidencia prevista en el artículo 46-B del Código Penal	24	843
1.2. La agravación de la pena ordenada por el artículo 46-B del Código Penal y sus límites	26	845
2. La agravante de habitualidad del artículo 46-C del Código Penal	28	846
2.1. La configuración de la agravante de habitualidad prevista en el artículo 46-C del Código Penal	28	846
2.2. La agravación de la pena ordenada por el artículo 46-C del Código Penal y sus límites	29	846
V. Bibliografía	30	847

(*) Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, LL.M. University of Pennsylvania, doctorando Alberts-Ludwig-Universität Freiburg y Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Becario DAAD-CONICYT.

§ 46-B. Reincidencia

"El que, después de haber cumplido en todo o en parte una pena, incurre en nuevo delito doloso en un lapso que no excede de cinco años tiene la condición de reincidente. Tiene igual condición quien después de haber sido condenado por falta dolosa, incurre en nueva falta o delito doloso en un lapso no mayor de tres años.

La reincidencia constituye circunstancia agravante cualificada, en cuyo caso el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

El plazo fijado para la reincidencia no es aplicable a los delitos previstos en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo y en los artículos 107, 108, 108-A, 108-B, 108-C, 108-D; 121, segundo párrafo, 121-B, 152, 153, 153-A, 153-B, 153-C; 173, 173-A, 186, 189, 195, 200, 297, 317-A, 319, 320, 321, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal, el cual se computa sin límite de tiempo. En estos casos, el juez aumenta la pena en no menos de dos tercios por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional. Si al agente se le indultó o conmutó la pena e incurre en la comisión de nuevo delito doloso, el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

En los supuestos de reincidencia no se computan los antecedentes penales cancelados o que debieren ser cancelados, salvo en los delitos señalados en el tercer párrafo del presente artículo".

§ 46-C. Habitualidad

"Si el agente comete un nuevo delito doloso es considerado delincuente habitual, siempre que se trate por lo menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años. El plazo fijado no es aplicable para los delitos previstos en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo y en los artículos 107, 108, 108-A, 108-B, 108-C, 108-D; 121, segundo párrafo, 121-B, 152, 153, 153-A, 153-B, 153-C; 173, 173-A, 186, 189, 195, 200, 297, 317-A, 319, 320, 321, 322, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal, el cual se computa sin límite de tiempo. Asimismo, tiene condición de delincuente habitual quien comete de tres a más faltas dolosas contra la persona o el patrimonio, de conformidad con los artículos 441 y 444, en un lapso no mayor de tres años.

La habitualidad en el delito constituye circunstancia cualificada agravante. El juez aumenta la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, salvo en los delitos previstos en los párrafos anteriores, en cuyo caso se aumenta la pena en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional.

En los supuestos de habitualidad no se computan los antecedentes cancelados o que debieren estar cancelados, salvo en los delitos antes señalados".

I. Introducción

1 La incorporación de las agravantes calificadas de reincidencia (Art. 46-B) y habitualidad (Art. 46-C) al Código Penal, por medio de la Ley

N° 28726, del 9 de mayo de 2006, y sus numerosas y sucesivas modificaciones[1], resulta problemática en muchos sentidos[2]. En primer lugar, y de forma más evidente, porque la agravación de la actividad delictiva reiterada o habitual constituye una clara expresión de un Derecho penal de autor[3]. En vez de vincularse la punibilidad a una acción descrita típicamente, en que la sanción representa solo una respuesta a un hecho individual, esta se transforma, al menos en parte, en un reproche al autor y toda la conducción de su plan de vida[4]. Esto se hace aún más evidente considerando la severidad de la agravación contemplada en los artículos 46-B y 46-C del Código Penal y, particularmente, en este último que se refiere al autor habitual como "delincuente habitual". En segundo lugar, porque estas agravantes revelan un incómodo reconocimiento del abandono del Estado de toda pretensión resocializadora en favor de la prevención especial negativa en forma de incapacitación o inocuización del autor reincidente o habitual. Esta tendencia resulta aún más preocupante en consideración a la sostenida ampliación del ámbito de aplicación de estas agravantes calificadas en los últimos 15 años. En tercer lugar, de forma específicamente referida a los artículos 46-B y 46-C, porque la constante modificación del contenido de las normas y la deficiente técnica legislativa empleada ha traído consigo una serie de problemas interpretativos respecto de la concreta configuración y el concreto alcance de la agravación ahí

(1) Ley N° 29.407, publicado el 18 de setiembre del 2009, Ley N° 29.570, publicado el 25 de agosto del 2010, la Ley N° 29.604, del 22 de octubre del 2010, la Ley N° 30.068, publicado el 18 de julio del 2013, la Ley N° 30.076, publicado el 19 de agosto del 2013, y finalmente el Decreto Legislativo N° 1.181, publicado el 27 de julio del 2015.

(2) Crítico de la técnica legislativa empleada en la reincorporación de las agravantes de reincidencia y habitualidad en el Derecho penal peruano, Hurtado Pozo, J., *Manual de Derecho penal*, nm. 2837 ss.; una crítica a la legitimidad de la reincorporación de estas agravantes en: Villavicencio Terreros, F., "Insistiendo sobre la inconstitucionalidad de la reincidencia. Comentario a la sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional N° 0014-2006PI/TC". En: *JUS Constitucional* N° 2, p. 70 ss.; así también Oré Sosa, E., "El endurecimiento del Derecho penal a través de las Leyes 28726 y 28730". En: *Actualidad Jurídica*, junio 2006, p. 77 ss.; Oré Sosa, E., "Determinación judicial de la pena. Reincidencia y habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la Ley 30076". En: *Gaceta Legal*, 2013, p. 15 ss.; con matices Alcócer Povis, E., "El reincidente como 'enemigo': aproximación al tema". En: Hurtado Pozo, José (director), *Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Anuario de Derecho Penal 2008*, p. 247 ss.; un panorama respecto del problema en la doctrina española y comparada se encuentra en Mir Puig, S., *La reincidencia en el Código Penal: análisis de los arts. 10,14.°, 10,15.°, 61,6.° y 516,3.°*, p. 427 ss.; Sanz-Díez de Ulzurrun Lluch, M., "Reincidencia, habitualidad y profesionalidad en las últimas reformas penales. Especial referencia a la delincuencia patrimonial". En: *Estudios Penales y Criminológicos* N° 33, *passim*; en general, respecto al problema del tratamiento de las diversas formas de reincidencia en Argentina, Chile y España, Maldonado Fuentes, F. (coordinador), *Reincidencia y concurso de delitos: reiteración delictiva*, *passim*.

(3) Al respecto véase solo Roxin, C., *Derecho penal. Parte general*. Tomo I, § 6 nm. 1 ss., con amplias referencias bibliográficas.

(4) Ibídem, § 6 nm. 4, 13,18 ss., con amplias referencias bibliográficas.

prescrita. Finalmente, porque quedan abiertas las preguntas sobre la proporcionalidad de estas disposiciones y su real eficacia preventiva.

2 En lo que sigue se hará una referencia a los problemas generales de legitimación y sistematicidad de la agravación de la actividad delictual reiterada o habitual, analizando, así, algunos elementos comunes a la naturaleza y valoración de ambas agravantes calificadas contenidas en los artículos 46-B y 46-C del Código Penal (II). En un siguiente acápite se analizarán los fundamentos legislativos y las cuestiones de constitucionalidad planteadas respecto de las agravantes de reincidencia y habitualidad (III). Finalmente, se llevará a cabo una exposición pormenorizada a los requisitos concretos de aplicación de ambas agravantes calificadas contenidas en los artículos 46-B y 46-C del Código Penal (IV).

II. Problemas generales de legitimación, sistematicidad y eficacia de la agravación de la conducta delictiva reiterada

3 La pregunta central con respecto a la legitimidad de la agravación de la punibilidad en consideración a la actividad delictiva anterior del autor reincidente o habitual, es una pregunta por la justificación de la atribución de mayor responsabilidad en consideración a circunstancias que exceden al hecho. El amplio predomino del principio de culpabilidad por el acto en gran mayoría de los sistemas jurídicos latinoamericanos y europeos contemporáneos, como consecuencia de los principios *nullum poena sine lege* y las exigencias del Estado de Derecho liberal, favorecen esta inclinación. No obstante lo anterior, todos estos ordenamientos jurídicos dan cuenta de diversas tendencias preventivo-especiales que presionan en sentido de un Derecho penal de autor con mayor o menor intensidad(5). El creciente interés por una intervención penal preventiva en distintas áreas, tanto de la Parte General como de la Parte Especial del Derecho penal, dan cuenta de esta creciente tendencia. Esto se hace especialmente evidente, por ejemplo, en el combate de la criminalidad organizada, los delitos sexuales, el terrorismo o el tratamiento de la reiteración delictiva. Esta tensión entre el principio de culpabilidad por el acto, por una parte, y las crecientes presiones preventivo-especiales, por otra, marcada por el predominio del primero, caracterizan al moderno Derecho penal(6).

4 La doctrina alemana dominante –en un contexto normativo que, empero, no considera la agravación calificada por reincidencia o habitualidad– ha considerado que la vida previa del autor, la forma en que conduzca su plan de vida,

(5) Así, por ejemplo, ibídem, § 6 nm. 1 ss., con amplias referencias bibliográficas.
(6) Ídem.

jamás podrá utilizarse para rebasar en la medición de la pena la medida de la culpabilidad por el hecho, pues de modo contrario serían las necesidades preventivo-especiales las que determinarían la cuantía de la pena y se anularía el efecto limitador frente a las necesidades preventivas que despliega el principio de culpabilidad por el hecho(7). Así, queda planteado el problema central respecto de la legitimación de una agravación de la punibilidad basada en la conducta previa del autor. A continuación, se expondrán y evaluarán críticamente las distintas formas de legitimación que han sido intentadas desde la doctrina.

1. La reiteración y habitualidad como elementos agravantes del injusto

La habitualidad y la reincidencia se han fundado –así, por ejemplo, ARMIN KAUFMANN o MIR PUIG– en una agravación del injusto(8). ARMIN KAUFMANN consideraba que la habitualidad o profesionalidad del autor acentuaban el injusto en consideración, precisamente, a las características personales de este autor habitual o profesional. Se trataría de un disvalor de carácter que excedería el disvalor del hecho. Con ello ARMIN KAUFMANN trasponía intencionalmente los límites del hecho individual(9). Ahora bien, resulta evidente que la culpabilidad resultante de la habitualidad o la reincidencia del autor no puede encontrarse referida a la norma de comportamiento contenida en el tipo penal. El núcleo del disvalor de la habitualidad o de la reincidencia se encontraba en la formación de una determinada inclinación o rasgo de carácter reprochable, cuyo objeto de referencia se encontraba más bien en una "norma de carácter" implícita en la sentencia condenatoria precedente, que expresaría una prohibición de abandonarse impulsos valorados negativamente por el ordenamiento jurídico(10). La infracción de estas dos normas de comportamiento dirigidas al autor reincidente o habitual traería consigo dos reproches de culpabilidad independientes de cuya acumulación resulta el agravamiento del injusto. 5

La legitimidad de esta "norma de carácter" es empero dudosa(11). Una norma de este tipo se encuentra en manifiesta tensión con el principio de 6

(7) Ibídem, § 13 ss.

(8) KAUFMANN, A., *Teoría de las normas: fundamentos de la dogmática penal moderna*, p. 282 ss.; así también MIR PUIG, S., *La reincidencia en el Código Penal: análisis de los arts. 10,14.°, 10,15.°, 61,6.° y 516,3.°. Op. Cit.*, p. 427 ss.; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 641; MIR PUIG, S., "Sobre la constitucionalidad de la reincidencia en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fasc. 3, 1993, p. 1145.

(9) KAUFMANN, A., *Teoría de las normas: fundamentos de la dogmática penal moderna. Op. Cit.*, p. 282 ss.

(10) Ibídem, p. 283.

(11) Así, acertadamente, PALERMO, O., "Reincidencia, injusto y culpabilidad". En: MALDONADO FUENTES, F. (coordinador), *Reincidencia y concurso de delitos. Reiteración delictiva*, p. 150.

exclusiva protección de bienes jurídicos y tiene, por ello, un "carácter constitucionalmente inconveniente"[12]. La especial intensidad –simbólica y efectiva– de la restricción de los derechos fundamentales asociada al Derecho penal y, por lo tanto, a esta "norma de carácter", en tanto parte del injusto penal, la sometería a sus elevados estándares de legitimación. Esto se hace aún más evidente atendiendo el notorio carácter moralizante de una norma de comportamiento que exige abstenerse de tomar por costumbre cometer delitos[13]. De qué manera una norma de comportamiento de estas características podría satisfacer los exigentes requisitos de legitimación que pesan sobre el Derecho penal no queda del todo claro. A lo anterior se suma la subordinación de la punibilidad de la "norma de carácter" a la realización posterior de otro tipo penal; la realización del tipo penal operaría como condición objetiva de punibilidad de la "norma de carácter" y, subsecuentemente, solo en la medida que el autor realice el tipo penal, sería sancionable la infracción de la así llamada "norma de carácter". Esto quiere decir, a su vez, que la norma de carácter depende de las condiciones de legitimación de la norma principal[14].

7 En la doctrina española, MIR PUIG también considera que la "actitud de mayor desprecio y rebeldía" del autor reincidente frente a "los valores jurídicos" solo podría surtir sus efectos agravantes a nivel del injusto. Sin hacer referencia a la existencia de una "norma de carácter" que menciona KAUFMANN y advirtiendo que la reincidencia resulta "constitucionalmente incómoda" y se encuentra en evidente tensión con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos[15], intenta una explicación de carácter sistemático. Esta afirmación se fundamenta en una supuesta imposibilidad de valorar la reincidencia en la culpabilidad, porque esta estaría constituida esencialmente de condiciones de atribuibilidad del hecho que, como tales, no pueden aumentar la gravedad del hecho, pues se encuentra limitada por la medida del injusto. Así, *a contrario sensu,* la reincidencia del autor solo podría agravar el injusto[16]. Sin embargo, no resulta convincente ubicar la reincidencia (y, para efectos de este análisis, tampoco la habitualidad)

(12) Así, manifestándose crítico de la agravación de la reincidencia, MIR PUIG, S., *La reincidencia en el Código Penal: análisis de los arts. 10,14.°,10,15.°,61,6.° y 516,3.°. Op. Cit.*, p. 477 ss.; MIR PUIG, S., "Sobre la constitucionalidad de la reincidencia en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional". *Op. Cit.*, p. 1145; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 641.

(13) PALERMO, O., "Reincidencia, injusto y culpabilidad". *Op. Cit.*, p. 152.

(14) Ibídem, p. 152 s.

(15) MIR PUIG, S., *La reincidencia en el Código Penal: análisis de los arts. 10,14.°,10,15.°,61,6.° y 516,3.°. Op. Cit.*, p. 433; MIR PUIG, S., "Sobre la constitucionalidad de la reincidencia en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional". *Op. Cit.*, p. 1145; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 641.

(16) MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 641.

en el injusto solo porque esta no podría ser ubicada en la culpabilidad[17]. Esto se hace evidente, si consideramos con MIR PUIG que la reincidencia, en tanto actitud interna del autor, no puede agravar el "grado ni a la forma de la lesión producida" por la actuación del autor[18], entonces debemos concluir necesariamente que la reiteración delictiva no puede formar –de ninguna manera– parte del injusto en que incurre el autor reincidente o habitual[19].

Descartados los argumentos de ARMIN KAUFMANN y MIR PUIG, corresponde 8
preguntarse si existirían otras razones sistemáticas que pudieran justificar la ubicación de la reincidencia y la habitualidad en el injusto. Estos argumentos ya solo podrían encontrarse en relación con eventuales efectos de la reiteración delictiva y la habitualidad en la imputación objetiva y la imputación del dolo. Sin embargo, que la reiteración delictiva –en cualquiera de sus formas– despliegue estos efectos agravantes del injusto no resulta para nada evidente. En primer lugar, porque ni la reincidencia ni la habitualidad del autor aumentan el peligro objetivo de lesión creado por la conducta del autor reincidente o habitual, de modo que ellas no pueden tener ninguna relevancia en la imputación objetiva del comportamiento de dicho autor reincidente o habitual[20]. En segundo lugar, porque aun si pudiera asumir con toda seguridad que la reincidencia y la habitualidad dan cuenta de una mayor propensión a delinquir del autor reincidente, esta inclinación tampoco puede tener relevancia en la imputación del dolo, salvo que se considere que la mayor "peligrosidad" de un autor habitual aumenta la posibilidad de reiteración y, con ello, la medida de la imputación al dolo[21]. Con ello, sin embargo, se abandona decididamente el Derecho penal de acto. Finalmente, debe considerarse que, de afirmarse la relevancia de la reiteración y la habitualidad a nivel del injusto, no existiría razón alguna para no considerar la fidelidad al Derecho del autor con anterioridad al hecho en las causas de justificación[22]. Resulta a todas luces evidente que no existen razones sistemáticas que permitan afirmar que la reiteración o la reincidencia puedan agravar el injusto, salvo que se quiera afirmar que existe un deber, conminado penalmente, de conducir un plan de vida conforme a Derecho.

(17) Así, también, PALERMO, O., "Reincidencia, injusto y culpabilidad". *Op. Cit.*, p. 153.
(18) Ídem.
(19) Ibídem, p. 154 s.
(20) Así el propio MIR PUIG, S., "Sobre la constitucionalidad de la reincidencia en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional". *Op. Cit.*, p. 1145; QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F., *Parte general del Derecho penal*, p. 751; ZUGALDÍA ESPINAR, J., "Sobre la constitucionalidad de la agravante de reincidencia". En: *Poder Judicial* N° 13, p. 87; PALERMO, O., "Reincidencia, injusto y culpabilidad". *Op. Cit.*, p. 154 s.
(21) Ídem.
(22) Ídem.

2. La reiteración y habitualidad como elementos agravantes de la culpabilidad

2.1. Agravación de la culpabilidad como consecuencia de la omisión de la advertencia contenida en la sentencia condenatoria

9 Un sector de la doctrina fundamenta la mayor culpabilidad del autor reincidente o habitual en consideración al desprecio a la advertencia contenida en la condena anterior. La reiteración de su actividad delictiva pondría en evidencia su desprecio al ordenamiento jurídico, porque el reincidente habría actuado con conocimiento seguro de la antijuridicidad e, incluso, la punibilidad de su comportamiento y a pesar del tratamiento resocializador recibido[23]. Así, la actividad delictual reiterada evidenciaría una especial disposición del ánimo del autor, cuyo comportamiento expresaría un especial desprecio hacia bienes jurídicos, al cometer un nuevo delito pese a la advertencia que supone la primera condena[24]. Estos antecedentes supondrían una mayor capacidad de autodeterminación y agravarían la culpabilidad del autor reincidente. Esta línea de argumentación ha recibido una intensa crítica en la doctrina comparada, así como también en Perú[25], que sirvió de base para la eliminación durante los años ochenta y noventa del siglo XX de las agravantes de reincidencia en Alemania (contenida en el antiguo parágrafo 48 del Código Penal alemán), en España (por medio de la Ley Orgánica N° 8/1983, del 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código Penal) y en Perú al momento de la dictación del Código Penal de 1991[26]. Aun cuando, tanto en España y en Perú, reintro-

(23) En la doctrina española Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general, III*, p. 168 ss.; Zugaldía Espinar, J., "Sobre la constitucionalidad de la agravante de reincidencia". *Op. Cit.*, p. 87; Una crítica general a este criterio puede encontrarse en Ziffer, P., *Lineamientos de la determinación de la pena*, p. 108 ss.; Ziffer, P., "Reincidencia, *ne bis in idem* y prohibición de doble valoración". En: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal* N° 7, p. 155 ss.

(24) Mir Puig, S., *La reincidencia en el Código Penal: análisis de los arts. 10,14.°,10,15.°,61,6.° y 516,3.°. Op. Cit.*, p. 540; Sanz-Díez de Ulzurrun Lluch, M., "Reincidencia, habitualidad y profesionalidad en las últimas reformas penales. Especial referencia a la delincuencia patrimonial". *Op. Cit.*, p. 108 ss.

(25) Véase, por ejemplo, Villavicencio Terreros, F., "Insistiendo sobre la inconstitucionalidad de la reincidencia. Comentario a la sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional N° 0014-2006PI/TC". *Op. Cit., passim*; Oré Sosa, E., "El endurecimiento del Derecho penal a través de las Leyes 28726 y 28730". *Op. Cit., passim*; Oré Sosa, E., "El pasado criminal como factor de agravación de la pena. La reincidencia y habitualidad en la sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 0014-2006 PI/TC". En: *JUS Constitucional*, Lima, febrero 2008, p. 77, Oré Sosa, E., "Determinación judicial de la pena. Reincidencia y habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la Ley 30076", p. 15, *passim*.

(26) En cuanto a la derogación del parágrafo 48 del Código Penal alemán, véase Roxin, C., *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. *Op. Cit.*, § 6 nm 18; véase al respecto de la evolución legislativa española Sanz-Díez de Ulzurrun Lluch, M., "Reincidencia, habitualidad y profesionalidad en las últimas reformas penales. Especial referencia a la delincuencia patrimonial". *Op. Cit.*, p. 100 ss.; en el contexto del Derecho latinoamericano, una muy breve descripción del marco normativo en

dujeron con diversa intensidad formas de agravación de la pena en consideración a la reiteración delictiva, los déficits de legitimación y sistematicidad de la agravación de la punibilidad de la reincidencia se mantienen, según se pasa a exponer a continuación.

La crítica a esta justificación ha sido contundente. En primer lugar, por- 10
que el agravamiento de la punibilidad en consideración a la actividad delictiva previa del autor representa una infracción al principio de responsabilidad por el hecho(27). La valoración de la actividad delictiva previa del autor del reincidente constituye una manifestación típica del Derecho penal de acto, en la medida que el objeto de la valoración ya no es el hecho concreto, sino el carácter o el plan de vida del autor reincidente o habitual(28). En segundo lugar, porque no es del todo evidente que un autor reincidente o habitual se encuentre en una mejor posición para autodeterminarse y, por lo tanto, actúe con mayor culpabilidad(29). Si el juicio de culpabilidad consiste básicamente en la determinación de la capacidad individual de seguimiento de la norma, entonces todo pareciera indicar que la conclusión contraria es más plausible. Si la reincidencia indica efectivamente una tendencia a delinquir y, junto a ello, se consideran el efecto criminógeno que puede surtir la imposición de la pena, la actividad delictiva reiterada podría evidenciar, más bien, una menor y no mayor capacidad para captar la advertencia contenida en la pena anterior y, consecuentemente, una menor capacidad individual de seguimiento de la norma. Entonces, la culpabilidad del autor reincidente o habitual debiera ser atenuada y no agravada(30). En tercer lugar, y en estrecha relación con el argumento anterior, se ha hecho presente que la reincidencia o habitualidad demostrarían, en realidad, un fracaso del Derecho penal en el cumplimiento de sus funciones preventivo-especiales. En vez de resocializar al autor reincidente o habitual e inhibir que este infrinja nuevamente la norma, la imposición de la pena ha incrementado las

Cofré Pérez, L., "Idas y vueltas de la reincidencia en América Latina: estado de la normativa en Argentina, Colombia, Perú y Chile". En: *Debates Penitenciarios* N° 11, p. 3 ss.

(27) Roxin, C., *Derecho penal. Parte general.* Tomo I. *Op. Cit.*, § 6 nm. 2, 18 y 21; Marín de Espinosa Ceballos, E., *La reincidencia: tratamiento dogmático y alternativas político criminales*, p. 178; Mir Puig, S., *La reincidencia en el Código Penal: análisis de los arts. 10,14.°,10,15.°,61,6.° y 516,3.°. Op. Cit.*, p. 540.

(28) Roxin, C., *Derecho penal. Parte general.* Tomo I. *Op. Cit.*, § 6 nm. 18; Sanz-Díez de Ulzurrun Lluch, M., "Reincidencia, habitualidad y profesionalidad en las últimas reformas penales. Especial referencia a la delincuencia patrimonial". *Op. Cit.*, p. 105 ss.

(29) Bacigalupo, E., *Principios constitucionales de Derecho penal*, p. 160 ss.; Palermo, O., "Reincidencia, injusto y culpabilidad". *Op. Cit.*, p. 156.

(30) Roxin, C., *Derecho penal. Parte general.* Tomo I. *Op. Cit.*, § 6 nm. 18 y 21; Sanz-Díez de Ulzurrun Lluch, M., "Reincidencia, habitualidad y profesionalidad en las últimas reformas penales. Especial referencia a la delincuencia patrimonial". *Op. Cit.*, p. 111; Palermo, O., "Reincidencia, injusto y culpabilidad". *Op. Cit.*, p. 156.

condiciones de marginación y desocialización[31]. Atendidas estas circunstancias, no resultaría, en general, posible explicar racionalmente la extendida práctica de agravar las condenas de los autores reincidentes y habituales en la medida que esta acelera su proceso de desocialización[32].

2.2. Justificación del agravamiento de la culpabilidad en consideración a los fines de la pena

11 a) De acuerdo a JAKOBS, la culpabilidad se encontraría especialmente vinculada con la función retributivo-funcional de aseguramiento contrafáctico de la defraudación de expectativas normativas de la sociedad[33]. Esto se pondría de manifiesto en el agravamiento de la culpabilidad del autor habitual o reincidente. El Derecho no podría ser indulgente con la delincuencia reiterada a pesar de las dificultades del autor reincidente para entender el contenido prescriptivo del ordenamiento jurídico. Aun cuando al autor reincidente o habitual le resultara más difícil, desde un punto de vista psicológico, obedecer al Derecho, esta predisposición psicológica le debería ser indiferente al Derecho penal, al que no le interesaría la particular constitución psíquica del reincidente, sino tan solo la responsabilidad por el déficit de lealtad al Derecho. Las particulares propensiones psicológicas serían, así, asunto exclusivo suyo[34]. Ahora bien, JAKOBS no desconoce que las deficiencias de socialización puedan obedecer a causas que escapan al control del autor reincidente, sin embargo, la disminución de la culpabilidad como consecuencia de estas circunstancias desautorizaría la propia instancia que disminuye, de modo que el sistema sería en sí contradictorio[35].

12 En una posterior formulación de su teoría de la pena, JAKOBS sostuvo que el fin de la pena no solo consistiría en el aseguramiento contrafáctico de la vigencia de la norma, sino también en reafirmar su "cimentación cognitiva" a través de la irrogación de dolor penal[36]. Dado que siempre debe contarse con defraudaciones de expectativas normativas, se hace necesaria la imposición de la pena para asegurar la internalización de la norma infringida y no

(31) QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F., *Parte general del Derecho penal. Op. Cit.*, p. 751; SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., "Reincidencia, habitualidad y profesionalidad en las últimas reformas penales. Especial referencia a la delincuencia patrimonial". *Op. Cit.*, p. 111.

(32) HÖRNLE, T., *Determinación de la pena y culpabilidad: notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*, p. 110 ss.

(33) JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, p. xx.

(34) JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 17/26.

(35) Ibídem, 17/28.

(36) JAKOBS, G., *La pena estatal: significado y finalidad*, p. 167 ss.; JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, p. xx.

solo reafirmar simbólicamente su vigencia[37]. De este modo, la pena reforzaría la vigencia de la norma de forma general. JAKOBS va un paso más allá y sostiene que quien incumple de modo persistente con sus deberes, no puede ser tratado completamente en su calidad de persona; no al menos en la medida que cometa nuevos delitos, ya que persistiría una deuda del autor por el o los hechos anteriores[38]. Así, la agravación de la pena se legitimaría, igualmente respecto del autor reincidente, en la necesidad de "cimentación cognitiva" de la norma, en tanto este no ofrece suficientes garantías de que su comportamiento no persistirá y se mantendrá leal al Derecho[39].

Las tesis de JAKOBS sobre la relación entre el fin de la pena y la agravación 13
de la culpabilidad del autor reincidente o habitual han sido criticadas –en sus dos formulaciones– desde distintos puntos de vista. Por una parte, la tesis de la agravación de la culpabilidad en consideración a su vinculación con la función retributivo-funcional ha sido criticada desde distintos puntos de vista. En primer lugar, no se advierte de qué manera podría derivarse la culpabilidad de delitos ocurridos y sancionados con anterioridad. Si las expectativas normativas defraudadas ya han sido estabilizadas contrafácticamente, no es para nada evidente cómo estas puedan legitimar la agravación de la culpabilidad por el hecho anterior del autor reincidente o habitual, si esta ya ha sido retribuida[40]. El propio JAKOBS afirma que, aun cuando a un hecho y su punición le suceda en seguida el siguiente hecho, la pena habrá cumplido completamente su función. Si la pena debe marginalizar defraudaciones de expectativas normativas y estas, a su vez, ya han sido estabilizadas por la pena, la actividad delictiva precedente no puede justificarse frente a la sociedad[41]. De este modo, la existencia de condenas previas no podría agravar la culpabilidad del autor reincidente sin infringir el principio de culpabilidad. En segundo lugar, la agravación de la pena tampoco puede justificarse frente al autor reincidente si no se puede demostrar su responsabilidad por su habituación al delito. Si los problemas de socialización del autor reincidente o habitual fueran causados por el propio orden social, entonces estos dejarían de ser "asunto exclusivo del autor". Dicho de otro modo: si la falta de oportunidades y otras condiciones atribuibles a fallas del sistema social que se pretende conservar por medio de la pena pueden haber contribuido al acostumbramiento del autor reincidente

(37) JAKOBS, La pena estatal: significado y finalidad, 1 ed., pp. 167 y ss.
(38) JAKOBS, *Op. Cit.*, nota a pie de pagina 37, p. 142.
(39) JAKOBS, *Op. Cit.*, nota a pie de pagina 37, p. 13.
(40) Así, por ejemplo, PALERMO, O., "Reincidencia, injusto y culpabilidad". *Op. Cit.*, p. 161. Esta objeción no es muy distinta de los argumentos antes expuestos respecto de la, así llamada, teoría de la advertencia, véase *supra*.
(41) JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Op. Cit.*, 17/28.

o habitual a la comisión de delitos, se puede afirmar, más bien, que estas condiciones psicológicas no son solo "asunto exclusivo del autor". Si esto es así, el sistema social debería absorber, al menos en parte, las consecuencias de la formación de dicho hábito y, consecuentemente, no agravar la pena del autor reincidente o habitual más allá de la culpabilidad por el hecho(42).

14 Por otra parte, la tesis de la agravación de la culpabilidad en consideración a su función de "cimentación cognitiva" resulta aún más discutible. En primer lugar, resulta dudoso que el Estado se encuentre legitimado a ejercer de forma coactiva una función "pedagógica" como la descrita (mucho menos en realidades donde la pena constituye el único medio de fidelización al Derecho)(43). En segundo lugar, la agravación en consideración a la "cimentación cognitiva" del Derecho resulta incompatible con la dignidad humana. La agravación de la culpa del autor reincidente o habitual a pretexto de "cimentar cognitivamente" la lealtad al Derecho trae una evidente e inadmisible instrumentalización del individuo consigo. Finalmente, se hace aún más evidente la incompatibilidad de la agravación de la culpabilidad del autor reincidente (lo que también vale para el autor habitual), porque esta agravación nada tendría que ver con la existencia de un remanente de culpabilidad precedente, sino únicamente con la consecución de fines preventivos, concretamente, la incapacitación o inocuización del autor reincidente o habitual(44).

15 b) También PAWLIK ve una culpabilidad agravada en la actividad delictiva habitual o reincidente como consecuencia de consideraciones sobre el fin de la pena que, a su vez, se encontrarían cimentadas en una sofisticada teoría del Estado. Esto se explica de la siguiente manera: la función del Estado y, con ello, también del Derecho penal consistiría en asegurar las instituciones que permiten a los ciudadanos conducir su plan de vida en libertad. Si bien es función del Estado asegurar estas condiciones institucionales, el ciudadano también tendría una responsabilidad en su mantención(45). La infracción de la norma penal lesionaría, así, simultáneamente el orden jurídico institucional como la obligación del autor, en tanto ciudadano, con el mantenimiento de las condiciones institucionales que permiten la vida en libertad(46). Este quebrantamiento del deber del ciudadano de contribuir al mantenimiento de

(42) JAKOBS, G., *La pena estatal: significado y finalidad. Op. Cit.*, pp. 141 s., 167 ss.
(43) Así, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, J., "El retorno a la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos". En: *Estudios de Derecho penal*, p. 233 ss.; siguiéndolo, PALERMO, O., "Reincidencia, injusto y culpabilidad". *Op. Cit.*, p. 163.
(44) Así, también, PALERMO, O., "Reincidencia, injusto y culpabilidad". *Op. Cit.*, p. 163.
(45) PAWLIK, M., *La libertad institucionalizada*, p. 85.
(46) Ibídem, p. 86; el mismo, Das Unrecht des Bürgers, p. 107.

las condiciones institucionales de libertad que supone la comunidad jurídica constituiría, en realidad, el núcleo del "injusto del ciudadano" que legitima la imposición de la pena[47].

En consideración de lo anterior, la extensión del reproche penal se mide, 16
por una parte, en función de la profundidad del menoscabo a la libertad de la víctima y, por otra, en el quebrantamiento del deber ciudadano de cooperación en la mantención de las condiciones institucionales que hacen posible la libertad. La culpabilidad agravada del autor reincidente o habitual se sustenta, del mismo modo, en este quebrantamiento del deber ciudadano de cooperación. Su conducta atentaría con mayor intensidad en contra de la preservación del estadio de juridicidad de las instituciones que aseguran la posición de cada ciudadano frente a los otros[48]. Esta mayor gravedad del incumplimiento se explicaría en la medida que esta se dirige contra una norma que ya ha sido infringida y debilitada anteriormente y, especialmente, si se refiere a la realización reiterada de delitos de la misma naturaleza[49]. Ahora bien, si la calidad de ciudadano del autor –configurada, esencialmente, por su responsabilidad por el mantenimiento de las condiciones de juridicidad institucional– es determinante al momento de la aplicación de la pena, también debe serlo al momento de su ejecución, de lo que PAWLIK deriva incluso un deber de participar en el proceso de resocialización[50].

Sin embargo, nuevamente la pregunta por la legitimidad de esta agravación 17
de la responsabilidad penal del autor reincidente o habitual no ha sido enteramente respondida. En primer lugar, si el quebrantamiento del deber ciudadano del autor reincidente o habitual se ha producido como consecuencia de defectos de socialización atribuibles a insuficiencias institucionales del Estado, entonces no queda del todo claro que al ciudadano pueda atribuírsele una responsabilidad agravada por la actividad delictual resultante de una inadecuada prestación de las condiciones institucionales que el Estado debe garantizarle. Dicho de otro modo, si el fundamento de la pena se encuentra, en último término, en una deslealtad a los deberes que pesan sobre el ciudadano de la mantención de las condiciones institucionales que permiten el libre despliegue de su plan de vida, entonces, no pude reprocharse mayor culpabilidad a quien no ha podido

(47) PAWLIK, M., *Das Unrecht des Bürgers: Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre,* p. 102.
(48) PAWLIK, M., *La libertad institucionalizada. Op. Cit.*, p. 105 ss.
(49) PAWLIK, M., *Das Unrecht des Bürgers: Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre. Op. Cit.*, p. 119.
(50) PAWLIK, M., *La libertad institucionalizada. Op. Cit.*, p. 107. Una acertada crítica de este planteamiento se encuentra en PALERMO, O., "Reincidencia, injusto y culpabilidad". *Op. Cit.*, p. 172 s., quien, por una parte, reprocha la manifiesta instrumentalización del individuo y, por otra, llama la atención sobre la evidente e irresoluble paradoja que importa fundar la obligación de resocialización del autor reincidente en la autonomía del individuo.

aprovechar estas condiciones que fundamentarían este deber. Aún más, en estos casos debiera incluso atenuarse su responsabilidad, en tanto la adquisición de la costumbre de infringir las normas penales no deriva de una decisión libre del autor reincidente o habitual, sino constituye una consecuencia de una distribución inequitativa de los beneficios de la distribución de las posibilidades de realización del propio plan de vida(51). En segundo lugar, el argumento de PAWLIK tampoco explica suficientemente de qué manera la imposición de la pena respecto de los hechos delictivos anteriores no retribuye la culpabilidad del autor reincidente respecto de estos hechos anteriores.

III. Fundamentos legislativos de la reincidencia y la habitualidad en el Código Penal y cuestiones de constitucionalidad

1. En cuanto a los fundamentos legislativos de la incorporación de las agravantes calificadas de reincidencia y habitualidad en los artículos 46-B y 46-C del Código Penal

18 La reincidencia y la habitualidad se encuentran reguladas en los artículos 46-B y 46-C del Código Penal y fueron reincorporadas al ordenamiento jurídico peruano por medio de la Ley N° 28726, del 9 de mayo de 2006, luego de su completa eliminación al momento de la dictación del Código Penal de 1991. El legislador fundamentó la reincorporación de estas agravantes, que fueron categóricamente proscritas quince años antes, en las necesidades impuestas por un percibido incremento de la delincuencia y la supuesta indefensión en que se encontraría la sociedad(52). El contenido expreso de los fundamentos de la Ley N° 28726, del 9 de mayo de 2006, da cuenta del alejamiento manifiesto del principio de responsabilidad por el acto que importó la reincorporación de las

(51) En este sentido PALERMO, O., "Reincidencia, injusto y culpabilidad". *Op. Cit.*, p. 174, quien ve la necesidad de dotar de "contenido material" a la explicación de PAWLIK para el caso de sociedades desiguales. Si bien la crítica es acertada, no se ve razón alguna para limitarla a sociedades desiguales. Ello, sin embargo, plantea dificultades respecto de la determinación de los criterios de identificación de lo que sea una sociedad desigualitaria y pasa por alto el valor determinante de la desigualdad en los procesos de socialización en cualquier sociedad. Esta objeción, nuevamente, no es muy distinta de los argumentos antes expuestos respecto de la, así llamada, teoría de la advertencia, véase *supra*.

(52) Así, textualmente, el fundamento legislativo de la Ley N° 28726 señaló que: "(...) en la actualidad la delincuencia se ha incrementado y con mucho más ferocidad, sin embargo, la sociedad se encuentra desprotegida por nuestro ordenamiento legal tan débil frente a los reincidentes y habituales que para estos reincidentes es su *modus vivendi* (modo de vida) y que justamente saben perfectamente que no se toma en cuenta su reincidencia y habitualidad, que no estamos juzgándolo por el delito cometido anteriormente, sino que para poder aplicarle la pena más severa se toma en cuenta su reincidencia y habitualidad, ya que con la anterior pena no se ha logrado el objetivo, considerando que en nuestro Código Penal vigente la pena no es un castigo sino que tiene por finalidad la función preventiva, protectora y resocializadora (...)".

agravantes calificadas de reincidencia y habitualidad reguladas en los artículos 46-B y 46-C del Código Penal. Asimismo, revela de forma, más o menos, evidente que el punto de partida de la reincorporación de las agravantes de reincidencia y habitualidad se encuentra en consideraciones preventivo-especiales reconducibles a los planteamientos preventivo-especiales de VON LIZST.

19 La reincidencia y la habitualidad se encontrarían sustentadas –de acuerdo a las razones expresadas en el fundamento legislativo antes referido– en la necesidad de inocuización de determinados autores que, atendida su especial inclinación o tendencia a delinquir, tendrían una mayor probabilidad en la comisión de futuros delitos. La peligrosidad de los autores reincidentes y habituales bastaron al legislador para otorgar un tratamiento agravado a los actos cometidos por el autor reincidente o habitual. Ni el mayor injusto, ni la mayor culpabilidad del autor reincidente o habitual explicarían la reincorporación de estas agravantes, sino la peligrosidad del reincidente. Eso sumado a la suposición –empíricamente dudosa– de que estos autores reincidentes o habituales actuarían como planificadores racionales, que advirtiendo la mayor severidad punitiva de la reincidencia o la habitualidad evitarían cometer nuevos delitos, constituirían los fundamentos de su agravación.

20 Como se explicitó anteriormente, este tipo de argumentación implica una presunción sobre la existencia de un tipo de personalidad que se encontraría más inclinada a la comisión de delitos. La presencia de una personalidad de esta naturaleza se vería evidenciada por la existencia de condenas anteriores. Como también se expuso, esta peligrosidad no tiene por qué cumplirse respecto de cada autor reincidente o habitual y, por lo tanto, hacen desaconsejable presumirla de pleno derecho y otorgarle el carácter de agravante[53]. Asimismo, por las razones ampliamente expuestas en el acápite anterior, la peligrosidad criminal no puede ofrecer un fundamento jurídico adecuado para la agravación de la pena. Estas consideraciones deberían en realidad llevar a prescindir de este régimen de agravantes en favor de un régimen de medidas de seguridad.

2. En cuanto a la constitucionalidad de las normas de reincidencia y habitualidad contenidas en los artículos 46-B y 46-C del Código Penal

21 En una cuestión de constitucionalidad planteada en contra de la Ley N° 28726, se concluyó que la reincidencia, general, no es contraria al principio

(53) Así, también, en la doctrina española SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., "Reincidencia, habitualidad y profesionalidad en las últimas reformas penales. Especial referencia a la delincuencia patrimonial". *Op. Cit.*, p. 110.

ne bis in idem, así como tampoco contrario al principio de culpabilidad. El Tribunal Constitucional definió en dicha ocasión la reincidencia como una circunstancia específica en que se encuentra una persona a la que se le imputa la comisión de un delito, pero que, para determinar la graduación de la pena, permite la valoración de conductas anteriores(54). Conforme al razonamiento del Tribunal Constitucional, al permitirse la imposición de una pena mayor a la señalada por el tipo penal, no se vulneraría el principio *ne bis in idem,* pues no habría una doble imposición de una pena, sino una sola pena agravada al concurrir antecedentes relativos al mismo tipo penal(55).

22 Este argumento resulta, sin embargo, insuficiente, en la medida que es evidente que nos encontramos frente a una doble valoración del mismo hecho(56), el cual, una vez sancionado, vuelve a ser evaluado como agravante de un delito posterior, por lo que estamos ante una nueva valoración de un hecho que ya fue objeto de juicio y de sentencia. Así lo considera una parte importante de la doctrina peruana como comparada, en tanto, lo anterior es contrario al principio *ne bis in idem* material, ya que el cumplimiento de una condena por un hecho delictivo se agota o termina en el cumplimiento de aquella condena y no puede ser valorada, nuevamente, en la sanción de un delito posterior como una potencial agravante(57). A mayor abundamiento, se hacen aplicables todos los argumentos anteriormente expuestos referidos a la insuficiencia de las explicaciones de la legitimidad de la mayor culpabilidad del autor reincidente o habitual(58).

(54) STC Exp. N° 0014-2006-PI/TC, fundamento 17.

(55) El fundamento 24 señala: "El primer delito cometido –aquel que es objeto de consideración– no recibe una pena adicional agravación de esta; simplemente, se toma en consideración para efectos de graduar la pena que atribuirá a un acto delictivo distinto. Por su parte, el acto delictivo reincidente –es decir, el acto delictivo perpetrado en un segundo momento– no es tampoco objeto de una doble imposición de pena, sino de una sola, aquella prevista por el dispositivo que consagra su tipo penal, aunque agravada como consecuencia de la existencia de antecedentes respecto al mismo tipo penal. Atendiendo a razonamiento expuesto, este Tribunal considera que la consagración de la reincidencia como ca [sic] genérica agravante de la pena no constituye un supuesto de afectación al principio *ne bis in dem*".

(56) En este sentido, también, Reátegui Sánchez, J., *La garantía del* ne bis in idem *en el ordenamiento jurídico-penal*, p. 28; Oré Sosa, E., "El pasado criminal como factor de agravación de la pena. La reincidencia y habitualidad en la sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 0014-2006 PI/TC", *passim*.

(57) Oré Sosa, E., "El pasado criminal como factor de agravación de la pena. La reincidencia y habitualidad en la sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 0014-2006 PI/TC", *passim*; Reyes Echandía, A., *Derecho penal*, p. 279; Zaffaroni, E. / Alagia, A. / Slokar, A., *Derecho penal. Parte general*, p. 769.

(58) Véase parte II. A y B.

IV. Configuración y efectos de las agravantes contenidas en los artículos 46-B y 46-C del Código Penal

23 En esta última parte se analizarán de forma detallada los elementos que determinan la configuración de las agravantes calificadas de reincidencia y habitualidad contenidas en los artículos 46-B y 46-C del Código Penal, así como también las formas concretas en que estas desbordan el marco penal abstracto establecido respecto de cada tipo penal. La deficiencia de la técnica legislativa empleada ha requerido de diversas correcciones legislativas y esfuerzos de interpretación. La dictación del Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116, de la Corte Suprema de Justicia, aclaró parcialmente algunas de las deficiencias sistemáticas que, sin embargo, desde entonces han sido modificadas sustancialmente(59).

1. La agravante de reincidencia del artículo 46-B del Código Penal

1.1. La configuración de la agravante de reincidencia prevista en el artículo 46-B del Código Penal

24 En los términos previstos por el artículo 46-B del Código Penal se define como constitutiva de la circunstancia agravante de reincidencia la comisión de un nuevo delito doloso o, en su caso, de una falta dolosa, habiendo el autor sido condenado y cumplido en todo o en parte la condena, siempre que estos actos hayan sido llevados a cabo dentro un lapso que no exceda de cinco años y tres años respectivamente(60). Conforme al tenor literal del párrafo primero del artículo 46-B del Código Penal, la comisión de una falta dolosa no podrá ser considerada para la configuración de la agravante respecto de un delito doloso, del mismo modo que la comisión de un delito doloso no agravará la comisión de una falta. Se trata para algunos de una causal genérica, en tanto no se exige que se trate de un delito de la misma naturaleza(61), como consecuencia de una interpretación *a contrario sensu* del Acuerdo Plenario N° 1-2008/

(59) A saber: Ley N° 29407, publicada el 18 de setiembre del 2009; Ley N° 29570, publicada el 25 de agosto del 2010; la Ley N° 29604, publicada el 22 de octubre del 2010; la Ley N° 30068, publicada el 18 de julio del 2013; la Ley N° 30076, publicada el 19 de agosto del 2013; y, finalmente, el Decreto Legislativo N° 1181, publicado el 27 de julio del 2015.

(60) Este plazo, señala Hurtado Pozo, es consistente con el plazo contenido en el artículo 111 del Código Penal de 1924 y es, a su vez, consistente con el plazo dispuesto para la configuración de la habitualidad. Véase Hurtado Pozo, J., *Manual de Derecho penal. Op. Cit.*, nm. 2842.

(61) Así García Cavero, P., *Parte general. Derecho penal económico.* Tomo II, p. 934 s.; Oré Sosa, E., "Determinación judicial de la pena. Reincidencia y habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la Ley 30076". *Op. Cit.*, p. 26 s.

CJ-116, de la Corte Suprema de Justicia, que prescribe solo para la habitualidad la necesidad de que se trate de actos de la misma naturaleza(62). Al tenor de lo estipulado expresamente en el párrafo tercero del mismo artículo 46-B del Código Penal, también serán consideradas aquellas sentencias conmutadas y cuya ejecución haya sido suspendida por medio de un indulto. Sin embargo, en la determinación de la concurrencia de los elementos de la agravante calificada de reincidencia conforme al artículo 46-B del Código Penal se han generado diversas controversias interpretativas, que han motivado sucesivas modificaciones legales desde su reincorporación al Código Penal(63).

25 En primer término, debe aclararse que la determinación de la existencia de un delito previo se llevará a cabo al momento del cumplimiento de la condena que comenzará a computarse desde el cumplimiento de la misma, lo que incluye penas no privativas de libertad. En el caso de las penas privativas de libertad, el comienzo del cómputo del plazo se debe hacer a partir del momento de la excarcelación, independientemente de que dicha excarcelación se produzca como consecuencia del parcial o total de la pena privativa de libertad(64). Esta configuración del cómputo del plazo fue adoptada porque, de computarse este desde la comisión del delito, la reincidencia no tendría efecto práctico alguno en los delitos más graves. Con todo, para el caso de los delitos más graves, a saber, aquellos referidos en el párrafo tercero del artículo 46-B del Código Penal, no se atenderá a este plazo de cinco años para determinar la reincidencia calificada. En segundo lugar, desde un punto de vista procesal, las directrices interpretativas contenidas en el Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ dispuso, a su vez, que la reincidencia debe ser solicitada expresamente por el fiscal en la acusación, en atención a las exigencias que impone el principio acusatorio y el principio de contradicción(65). Finalmente, en cuanto al efecto de los antecedentes cancelados, de acuerdo a lo dispuesto expresamente por el párrafo cuarto del artículo 46-B del Código Penal, no podrán considerarse para la determinación de la reincidencia, a menos que se trate de los delitos expresamente mencionados en el párrafo tercero del mismo artículo. Ahora bien, los antecedentes respecto de los tipos penales dolosos solo podrán ser

(62) Hurtado Pozo, J., *Manual de Derecho penal. Op. Cit.*, nm. 2843; Oré Sosa, E., "Determinación judicial de la pena. Reincidencia y habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la Ley 30076". *Op. Cit.*, p. 26 s.

(63) Hurtado Pozo, J., *Manual de Derecho penal. Op. Cit.*, nm. 2837.

(64) Véase Oré Sosa, E., "Determinación judicial de la pena. Reincidencia y habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la Ley 30076". *Op. Cit.*, p. 26 s.

(65) Hurtado Pozo, J., *Manual de Derecho penal. Op. Cit.*, nm. 2840.

cancelados definitivamente luego de cinco años, de modo que esta excepción en realidad solo es relevante respecto de los delitos referidos en el párrafo tercero.

1.2. La agravación de la pena ordenada por el artículo 46-B del Código Penal y sus límites

Una vez que se configure la agravante, el juez deberá aumentar la pena hasta la mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. Esta hipótesis se ha denominado reincidencia básica. En el caso de determinados tipos penales especialmente mencionados en el párrafo tercero del artículo 46-B del Código Penal, el aumento no deberá ser menor a dos tercios por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. Esta segunda hipótesis se ha denominado reincidencia calificada. El párrafo tercero dispone, asimismo, un aumento de la pena hasta en la mitad por encima del máximo legal fijado para el correspondiente tipo penal, para el caso del autor que ha sido indultado o cuya pena ha sido conmutada. 26

Estas severas consecuencias de la reincidencia encuentran, empero, una limitación en los límites punitivos impuestos por los artículos 29, 46-A, 50 y 51 del Código Penal. La agravación de la pena no podrá superar, así, los 35 años, de acuerdo a los límites máximos impuestos por las directrices interpretativas del Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008. Aun cuando la Ley N° 30076 no estableció un límite máximo, una interpretación sistemática de las normas del Código Penal debe llevar a la conclusión de que el límite de 35 años debe ser aplicable[66]. Una parte de la doctrina ha querido, acertadamente, limitar la configuración de la reincidencia calificada a aquellos casos en que el primer y el segundo delitos corresponden a aquellos contenidos en el párrafo tercero del artículo 46-B del Código Penal. Así, esta no podría configurarse por medio de la comisión de una falta dolosa o delitos dolosos no contenidos en el párrafo tercero del artículo 46-B del Código Penal. Aun cuando la norma no otorga mayores elementos en este sentido, debe privilegiarse esta interpretación restrictiva de una ya muy severa agravación de la pena. La falta de claridad de la norma penal no puede nunca operar en desmedro de su destinatario[67]. 27

(66) Oré Sosa, E., "Determinación judicial de la pena. Reincidencia y habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la Ley 30076". *Op. Cit.*, p. 26 s.

(67) En este sentido Benavente Chorres, H., *Reincidencia y habitualidad en el proceso penal peruano*, p. 151 s.; siguiéndolo Oré Sosa, E., "Determinación judicial de la pena. Reincidencia y habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la Ley 30076". *Op. Cit.*, p. 26 s.

2. La agravante de habitualidad del artículo 46-C del Código Penal

2.1. La configuración de la agravante de habitualidad prevista en el artículo 46-C del Código Penal

28 En los términos del artículo 46-C del Código Penal, la agravante de habitualidad se configurará cuando el autor haya cometido un nuevo delito doloso y haya cometido tres *hechos punibles* –expresión que debemos entender equivalente a delitos dolosos– dentro de un plazo de cinco años. Presumiblemente como consecuencia de las directrices interpretativas contenidas en el Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116, de la Corte Suprema de Justicia, estos *hechos punibles* deben constituir delitos dolosos de la misma naturaleza y que hayan sido perpetrados en un lapso de cinco años sin que medie condena sobre alguno de ellos(68). Tratándose de los tipos penales referidos en el párrafo primero del artículo 46-C del Código Penal, este plazo no resultará aplicable por expresa disposición legal. La agravante calificada de habitualidad se configurará, asimismo, respecto del autor de faltas dolosas contra la persona o el patrimonio, de conformidad con los artículos 441 y 444, dentro de un plazo de tres años. De acuerdo a las reglas contenidas en el párrafo tercero del artículo 46-C del Código Penal, los antecedentes cancelados no serán considerados. Cabe preguntarse por el sentido de esta regla, habida cuenta de la naturaleza de esta agravante en los mismos términos planteados respecto del artículo 46-B.

2.2. La agravación de la pena ordenada por el artículo 46-C del Código Penal y sus límites

29 En la hipótesis básica de habitualidad se contempla una agravación de la pena hasta en un tercio por encima del máximo de la pena conminada del tercer delito. En la forma cualificada se aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo de la pena conminada y hasta los 35 años, sin que resulten aplicables los beneficios penitenciarios. Finalmente, puede considerarse la habitualidad, en los términos descritos en el artículo 46-C del Código Penal, como una hipótesis de pluralidad delictiva en la forma de delitos reiterados. Las hipótesis de delito continuado y concurso ideal, empero, obligan a preterir la aplicación agravante de habitualidad(69). De lo contrario, la habitualidad puede conciliarse con las reglas del concurso real, de acuerdo a las directrices

(68) Oré Sosa, E., "Determinación judicial de la pena. Reincidencia y habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la Ley 30076". *Op. Cit.*, p. 26 s.

(69) Ídem.

interpretativas contenidas en el Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116, de la Corte Suprema de Justicia, conforme a la cual los efectos punitivos de la agravante por habitualidad solo se aplicaban en el tercer delito cometido en el lapso de 5 años y, luego, se sumaba la pena resultante a las penas concretas correspondientes a los otros delitos de concurso real. Con todo, la pena resultante debe observar los límites fijados por los artículos 50 y 51 del Código Penal.

V. Bibliografía

ALCÓCER POVIS, Eduardo, "El reincidente como 'enemigo': aproximación al tema". En: HURTADO POZO, José (director), *Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Anuario de Derecho Penal 2008*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009; BACIGALUPO, Enrique, *Principios constitucionales de Derecho penal*. Hammurabi, Buenos Aires, 1999; BENAVENTE CHORRES, Hesbert, *Reincidencia y habitualidad en el proceso penal peruano*. Gaceta Jurídica, Lima, 2011; CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte general, III*. Tecnos, Madrid, 2001; COFRÉ PÉREZ, Leonardo, "Idas y vueltas de la reincidencia en América Latina: estado de la normativa en Argentina, Colombia, Perú y Chile". En: *Debates Penitenciarios* N° 11, 2011. Disponible en <http://www.cesc.uchile.cl/pub_periodicas_dp_11.htm> (recuperado por última vez 10/02/2018); GARCÍA CAVERO, Percy, *Parte general. Derecho penal económico*. Tomo II, 2ª edición. Grijley, Lima, 2007; HÖRNLE, Tatjana, *Determinación de la pena y culpabilidad: notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*. Fabián J. Di Placido, Buenos Aires, 2003; HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal*. 4ª edición. Idemsa, Lima, 2011; JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª edición. Marcial Pons, Madrid, 1997; JAKOBS, Günther, *La pena estatal: significado y finalidad*. Civitas, Pamplona, 2006; JAKOBS, Günther, *Norm, Person, Gesellschaft: Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*. 3.erheblich veränd. Aufl. Duncker & Humblot, Berlin, 2008; JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Civitas, Madrid, 2003; JAKOBS, Günther, *Sobre la teoría de la pena*. Traducción de CANCIO MELIÁ, Manuel. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998; JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 1996; JAKOBS, Günther / CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*. 2ª edición. Civitas, Pamplona, 2006; KAUFMANN, Armin, *Teoría de las normas: fundamentos de la dogmática penal moderna*. Dapalma, Buenos Aires, 1977; MALDONADO FUENTES, Francisco (coordinador), *Reincidencia y concurso de delitos: reiteración delictiva*. B de f, Buenos Aires, 2016; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena Blanca, *La reincidencia: tratamiento dogmático y alternativas político criminales*. Colección Estudios Jurídicos, Granada, 1999; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*. 9ª edición. Reppertor, Barcelona, 2011; MIR PUIG, Santiago, *La reincidencia en el*

30

Código Penal: análisis de los arts. 10,14.°,10,15.°,61,6.° y 516,3.°. Bosch, Barcelona, 1974; Mir Puig, Santiago, "Sobre la constitucionalidad de la reincidencia en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fasc. 3, 1993; Oré Sosa, Eduardo, "Determinación judicial de la pena. Reincidencia y habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la Ley 30076". En: *Gaceta Legal,* 2013, Lima; Oré Sosa, Eduardo, "El endurecimiento del Derecho penal a través de las Leyes 28726 y 28730". En: *Actualidad Jurídica*, junio 2006, Lima, Gaceta Jurídica; Oré Sosa, Eduardo, "El pasado criminal como factor de agravación de la pena. La reincidencia y habitualidad en la sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 0014-2006 PI/TC". En: *JUS Constitucional*, Lima, febrero 2008; Palermo, Omar, "Reincidencia, injusto y culpabilidad". En: Maldonado Fuentes, Francisco (coordinador), *Reincidencia y concurso de delitos. Reiteración delictiva*. B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2016; Pawlik, Michael, *Das Unrecht des Bürgers: Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre*. Mohr Siebeck, Tübingen, 2012; Pawlik, Michael, *La libertad institucionalizada*. Marcial Pons, Madrid, 2010; Polaino-Orts, Miguel, *Derecho penal del enemigo: desmitificación de un concepto*. Grijley, Lima, 2006; Quintero Olivares, Gonzalo / Morales Prats, Fermín, *Parte general del Derecho penal*. 5ª edición. Cizur Menor, Navarra, 2015; Reátegui Sánchez, James, *La garantía del* ne bis in idem *en el ordenamiento jurídico-penal*. Jurista Editores, Lima, 2006; Reyes Echandía, Alfonso, *Derecho penal*. Temis, Bogotá, 2002; Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Civitas, Madrid, 1997; Sanz-Díez de Ulzurrun Lluch, Marina, "Reincidencia, habitualidad y profesionalidad en las últimas reformas penales. Especial referencia a la delincuencia patrimonial". En: *Estudios Penales y Criminológicos* N° 33, 2013; Silva Sánchez, Jesús-María, "El retorno a la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos". En: *Estudios de Derecho Penal*. Lima, Grijley, 2000; Silva Sánchez, Jesús-María, "Presupuestos sociopolíticos de la atribución de responsabilidad penal". En: Suarez Montes, Rodrigo Fabio, *Estudios penales en homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*. Javier Gustavo Fernández Teruelo, Oviedo, 2013; Villavicencio Terreros, Felipe, *Derecho penal. Parte general*. Grijley, Lima, 2006; Villavicencio Terreros, Felipe, "Insistiendo sobre la inconstitucionalidad de la reincidencia. Comentario a la sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional N° 0014-2006PI/TC". En: *JUS Constitucional* N° 2, Lima, febrero 2008; Zaffaroni, Eugenio / Alagia, Alejandro / Slokar, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*. 2ª edición. Ediar, Buenos Aires, 2002; Ziffer, Patricia, *Lineamientos de la determinación de la pena*. 2ª edición. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2013; Ziffer, Patricia, "Reincidencia, *ne bis in idem* y prohibición de doble valoración". En: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal* N° 7, 1997; Zugaldía Espinar, José Miguel, "Sobre la constitucionalidad de la agravante de reincidencia". En: *Poder Judicial* N° 13, 2ª época, 1989.

§ 46-D
Uso de menores en la comisión de un delito

MERLY EDQUÉN OLIVERA
Abogada en Derecho penal
(Perú)

Sumario

	Nm	P
I. Introducción	1	850
II. Fundamentos político-criminales de la agravante por condición del sujeto activo	5	851
III. Circunstancias establecidas en el artículo 46-D que agravan la pena por uso de menores en la comisión de un delito	10	852
1. El supuesto de autoría mediata: cuando el sujeto activo instrumentaliza a un menor de edad o a una persona con discapacidad para cometer un delito	13	853
2. El supuesto de instigación: cuando el sujeto activo tiene una posición privilegiada respecto del menor y se aprovecha de ello para la comisión del delito	15	854
3. Cuando el menor utilizado en la comisión de un delito sufre lesiones graves, incapacidad permanente o muere	17	855
IV. Consecuencias jurídicas de la aplicación de la agravante uso de menores en la comisión de un delito según lo prescrito el artículo 46-D del Código Penal	19	855
V. Bibliografía	22	856

§ 46-D. Uso de menores en la comisión de delitos

"Constituye circunstancia agravante de la responsabilidad penal, si el sujeto activo utiliza, bajo cualquier modalidad, a un menor de dieciocho años o a una persona que, por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión para la comisión de un delito, en cuyo caso el juez puede aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado en el tipo penal.

En caso de que el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le otorgue particular autoridad sobre el menor o le impulse a depositar en él su confianza, el juez puede aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. Si el agente ejerce la patria potestad sobre el menor, el juez suspende su ejercicio, conforme a lo dispuesto en la ley de la materia.

Si durante la comisión del delito o como consecuencia de este el menor sufre lesiones graves, incapacidad permanente o muere, y el agente pudo prever el resultado, el juez puede imponer una pena de hasta el doble del máximo legal fijado para el tipo penal.

En ningún caso la pena concreta puede exceder de treinta y cinco años de pena privativa de la libertad.

No es aplicable lo dispuesto en el presente artículo cuando la circunstancia agravante se encuentre prevista al sancionar el tipo penal".

I. Introducción

1 En nuestra realidad, el uso de menores en la comisión de un delito es frecuente. Esta situación que sin duda ha generado estragos de inseguridad ciudadana se ve reflejada, sobre todo, en la comisión de delitos como sicariato, robo y otros donde la agilidad de un menor resulta ser la ventaja para asegurar el hecho delictivo. Lastimosamente, estos menores son utilizados *–mayormente–* por algún familiar o persona cercana para dicho fin ilícito. Esta situación alarmante incluso generó que en diciembre de 2015 y algunos días del 2016 se declare en *estado de emergencia* la Provincia Constitucional del Callao[1], aunque dicha situación haya sido advertida previamente en el Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia 2012-2021. Probablemente, fue en el año 2015 donde se abordó con mayor preocupación la utilización de menores en la comisión de un delito, pues fue en este año cuando se reguló por primera vez el delito de sicariato[2], cuyo contenido normativo contenía como circunstancia agravante el valerse de un menor de edad para la comisión del delito. Sobre todo, para aprovechar su condición de inimputabilidad para los efectos penales.

2 Como se puede advertir, el uso de menores para la comisión de un delito es una situación grave. Por ese motivo, previendo las nefastas instrumentalizaciones de menores es que ya desde el año 2013 el legislador había incluido en el Código Penal el artículo 46-D, correspondiente al uso de menores en la comisión de un delito[3], circunstancia que agrava la pena del agente que instrumentaliza a estos menores de edad. Sin embargo, pese a la buena voluntad que expresa esta norma para dar mayor protección a los niños y adolescentes, no responde a la problemática recientemente expuesta, pues en su contenido *parece* más bien imposible de aplicar, por razones de practicidad y logicidad en la aplicación del Derecho.

3 Sin embargo, lo peculiar de esta norma radica precisamente en considerar como agravante de la pena que el sujeto activo utilice para la comisión

(1) Decreto Supremo N° 083-2015-PCM.
(2) Decreto Legislativo N° 1181, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 27 de junio de 2015.
(3) Ley N° 30030, artículo único. Ley publicada el 4 de junio de 2013.

de un delito a un menor de dieciocho años o a una persona inimputable que no posean la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión. Insistiendo normativamente en supuestos donde reinaría la autoría mediata, dejando de lado la problemática concreta en donde no necesariamente un menor de edad o una persona con discapacidad son instrumentos –*sobre todo cuando se cometen delitos graves como el sicariato*–.

Además de ello, la norma penal también agrava la pena cuando el agente 4
activo tuviere la posición, cargo o vínculo familiar que le otorgue autoridad sobre el menor. Situación que en buena cuenta analiza los escenarios de inducción o instigación a la comisión del delito por parte de una persona que tiene posición privilegiada frente al menor, pero que finalmente queda sin efecto dado que la instigación de un menor de edad es no punible, quedando como autor mediato el agente *instigador*. En adelante, se abordarán algunas consideraciones sobre la reciente incorporación como circunstancia agravante del uso de menores para la comisión de un delito.

II. Fundamentos político-criminales de la agravante por condición del sujeto activo

El artículo 46-D del Código Penal es de reciente incorporación. Este texto 5
normativo fue puesto en vigencia a partir de la Ley N° 30030 publicada en el diario oficial *El Peruano* el 4 de junio de 2013, y, a la fecha, no ha sido objeto de ninguna modificación. Esta norma comprende como circunstancia de agravación de la pena a supuestos en donde el agente activo utilice a menores de edad o personas inimputables que no posean la capacidad de determinarse normativamente, así como cuando lo hagan en prevalencia de una posición privilegiada, tales como un vínculo familiar, una posición o cargo –siempre que dicha situación le otorgue autoridad sobre el menor–.

Esta norma penal fue debatida en el Pleno del Congreso con fecha 18 de 6
abril de 2013, en donde también se presentaron los avances del Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia 2012-2021[4] (PNAIA), en cuyo texto se aborda la problemática de los adolescentes entre 12 y 17 años en conflicto con la ley penal. Este contexto político, en donde no solo se debatieron los objetivos del cumplimiento de derechos humanos enfocado en los niños y adolescentes, tiene importancia para el desarrollo de una política criminal

(4) Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables: Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia 2012-2021 (PNAIA 2021). Aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-2012-MIMP.

con enfoque de derechos humanos para abordar la agravación de la sanción penal para aquellas personas que instrumentalizan a menores de edad en la comisión de un delito. Y, en efecto, se busca tener una política criminal que deba interpretarse a la luz del "interés superior del niño" antes que estigmatizar su comportamiento.

7 Este Plan Nacional tiene como mecanismo de afronte y protección del menor a las familias, centros de estudios y la sociedad. Probablemente, esta sea la razón por la cual la agravante contenida en el artículo 46-D establece un mayor castigo penal –en el primer párrafo– a circunstancias de autoría mediata, en donde se incrementa la pena hasta un tercio por encima del máximo legal fijado en el tipo pena al sujeto que se aprovecha de la condición de vulnerabilidad del menor. Asimismo, en el segundo párrafo, en donde es la condición del agente activo la que determina la agravante, es decir, la posición privilegiada sobre el menor de edad –casos en donde se induce o instiga al menor, aunque en puridad es autoría mediata bajo el imperio del artículo 20 del Código Penal–, la pena puede aumentar hasta en una mitad por encima del máximo legal y, además de ello, se suspende el ejercicio de la patria potestad. En el tercer párrafo, cuando el menor sufre lesiones graves, incapacidad permanente o muere, la pena se incrementa hasta el doble del máximo legal fijado para el tipo penal.

8 El objetivo político-criminal de esta norma sin duda fue muy bueno, esto es, establecer una mayor sanción penal a aquellas personas que utilizan a menores de edad para cometer un delito, teniendo en cuenta que tanto niños como adolescentes son objeto de protección como personas vulnerables. Sin embargo, la utilidad de esta norma puede estar opacada por la compresión de este precepto en otro, como la autoría mediata, razón por la cual su predicción alcanza únicamente a niveles simbólicos o a aquellas situaciones en donde la autoría mediata sea por la instrumentalización de un menor.

9 Finalmente, el legislador también ha previsto que el incremento de la pena no puede exceder lo previsto en el artículo 29 del Código Penal, es decir, no puede sobrepasar los treinta y cinco años de pena privativa de libertad.

III. Circunstancias establecidas en el artículo 46-D que agravan la pena por uso de menores en la comisión de un delito

10 El artículo 46-D regula una circunstancia genérica de agravación de la pena. El primer presupuesto contenido en la norma describe una de las formas de autoría mediata, pues el sujeto instrumentaliza a otro para cometer

el delito. Este presupuesto de autoría mediata también está comprendido en el artículo 23 del Código Penal: "El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible (...)". En efecto, "autor mediato [es] quien comete el hecho punible 'por medio de otro', es decir, quien realiza el tipo legal de un delito de comisión dolosa haciendo actuar para sí en la ejecución del hecho a un 'intermediario', que posee la forma de un 'instrumento humano'"(5). Aquí, el instrumento es un menor de edad o una persona con discapacidad mental que no poseen la capacidad de autodeterminarse conforme a Ley.

Por su parte, en el segundo párrafo lo que se regula la estructura norma- 11
tiva es un supuesto de instigación, aquí ya no estamos frente a un menor de edad o una persona con discapacidad mental que no posee la capacidad de comprender normativamente su comportamiento, sino en situaciones donde aquel menor entiende y comprende el carácter delictuoso de su proceder, pero este es instigado a cometer un delito. Además, aquí el sujeto activo tiene una posición privilegiada respecto del menor de edad: *posición, cargo o vínculo familiar que le otorgue particular autoridad sobre el menor,* respecto de la cual se aprovecha para persuadirlo o inducirlo a cometer el delito. La institución jurídica de la instigación también se encuentra regulada en el Código Penal en el artículo 24, que establece: "El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible (...)". Sin embargo, como se apreciará más adelante, tal presupuesto normativo es imposible en la práctica.

De otro lado, también se agrava la sanción penal cuando durante la comi- 12
sión del delito o incluso como consecuencia de este, el menor de edad sufre lesiones graves, incapacidad permanente o muere. Esto siempre que el agente activo haya previsto el resultado lesivo tras la instrumentalización del menor de edad.

1. El supuesto de autoría mediata: cuando el sujeto activo instrumentaliza a un menor de edad o a una persona con discapacidad para cometer un delito

Como se ha advertido *supra,* el artículo 46-D contiene un supuesto de 13
agravación de la pena ya descrito en el artículo 23 del Código Penal, es decir, un supuesto de autoría mediata. Sobre el particular, lo característico de la autoría mediata y de lo establecido en el primer párrafo del artículo en comentario: "si el sujeto activo utiliza, bajo cualquier modalidad, a un menor de dieciocho años o a una persona que, por anomalía psíquica, grave alteración de la

(5) Satzger, H. / Beulke, W. / Wessels, J., *Derecho penal. Parte general. El delito y su estructura*, p. 374.

conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión para la comisión de un delito", es que existe una posición de dominio o subordinación respecto del intermediario, en este caso, del menor de edad o de la persona con discapacidad mental, que no le permite comprender el carácter delictuoso de su comportamiento.

14 En el presente caso, existe, pues un dominio de la voluntad del agente intermedio, quien es el instrumento del autor mediato. En consecuencia, queda claro "que el autor mediato no responde por lo que hace otro, sino por lo que él realiza a través de otro, es decir, por un injusto propio y no ajeno"(6). Y, en el presente contexto, importa las circunstancias objetivas del proceso de instrumentalización del sujeto intermediario, pues cuando sea un menor de edad o una persona con discapacidad mental con imposibilidad de autodeterminarse normativamente, no solo existirá el reproche a nivel de autoría mediata, sino que además se agravará la sanción penal en este supuesto.

2. El supuesto de instigación: cuando el sujeto activo tiene una posición privilegiada respecto del menor y se aprovecha de ello para la comisión del delito

15 Como se precisó anteriormente, el segundo párrafo del artículo 46-D regula un supuesto de *instigación* de un menor de edad, respecto del cual se tiene una posición privilegiada. En este supuesto, el presunto instigador (*persona con posición, cargo o vínculo familiar que le otorga particular autoridad sobre el menor*) "no realiza la infracción, ni 'toma parte', en sentido material, en su ejecución; persuade a un tercero para que cometa la acción típica"(7), en este caso, a un menor de edad. Sobre el particular, la norma penal prescribe lo siguiente: "En caso de que el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le otorgue particular autoridad sobre el menor o le impulse a depositar en él su confianza, el juez puede aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. Si el agente ejerce la patria potestad sobre el menor, el juez suspende su ejercicio, conforme a lo dispuesto en la ley de la materia".

(6) Pérez Alonso, E., "La regulación de la autoría en el Código Penal peruano. Especial consideración de la coautoría". En: Pariona Arana, R. / Pérez Alonso, E. (coordinadores), *Teoría del delito. Problemas fundamentales*, p. 351.

(7) Hurtado Pozo, J. / Prado Saldarriaga, V., *Manual de Derecho penal. Parte general.* Tomo II, p. 168.

Sin embargo, pese a que la redacción jurídica de la norma sea compatible con la institución de la instigación, esto resulta de imposible aplicación dado que el artículo 20 del Código Penal establece la exención de responsabilidad penal de menores de edad. En consecuencia, nuevamente queda la posibilidad de la autoría mediata en donde se utiliza a un menor de edad respecto del cual se tiene una posición privilegiada. En otras palabras, a efectos de poder compatibilizar lo dicho por la norma *–artículo 46-D segundo párrafo–* y lo que regulan los preceptos de autoría y participación en el Código Penal, este párrafo también estaría regulando un supuesto de autoría mediata, en la medida que, pese a que el menor de edad comprenda la ilicitud de su conducta, el artículo 20 del CP establece que este es inimputable. 16

3. Cuando el menor utilizado en la comisión de un delito sufre lesiones graves, incapacidad permanente o muere

Sobre el particular, el legislador peruano ha establecido como una circunstancia de agravación de la pena cuando del resultado de la comisión de un delito en donde se ha instrumentalizado a un menor de edad, este resulta con lesiones graves, sufre incapacidad permanente o incluso muere. Textualmente, la norma penal establece lo siguiente: "Si durante la comisión del delito o como consecuencia de este el menor sufre lesiones graves, incapacidad permanente o muere, y el agente pudo prever el resultado, el juez puede imponer una pena de hasta el doble del máximo legal fijado para el tipo penal". 17

Cabe precisar que la norma penal pone un límite a la imposición de esta agravante, y solo es aplicable cuando el agente activo pueda prever el resultado. En cuyo caso, si el resultado es imprevisible, entonces no se aplicaría esta agravante. Aquí el mayor reproche de la culpabilidad está referido no a la lesión al bien jurídico protegido por la comisión de un delito, sino a la lesión a un menor de edad producto de instrumentalizarlo para lograr la comisión de dicho delito, es decir, se justifica el mayor reproche penal con base en la implementación de una política criminal que busca proteger a los niños y adolescentes. 18

IV. Consecuencias jurídicas de la aplicación de la agravante uso de menores en la comisión de un delito según lo prescrito en el artículo 46-D del Código Penal

La norma penal contenida en el artículo 46-D establece tres supuestos de agravación de la pena cuando se utiliza a un menor de edad en la comisión de un delito. En el primer párrafo, cuando hace referencia a la autoría mediata 19

por menores de edad y personas con discapacidad mental que no poseen la capacidad de autodeterminarse conforme a Derecho, la pena puede aumentarse hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado en el tipo penal.

20 En el segundo presupuesto, en donde el sujeto comete el delito como autor mediato instrumentalizando a un menor de edad sobre el que se tiene una posición privilegiada, el juez puede aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. Esta circunstancia también prevé la suspensión del ejercicio de la patria potestad. Finalmente, en el tercer supuesto, es decir, cuando el menor de edad sufre lesiones graves, incapacidad permanente o muere, se puede imponer una pena de hasta el doble del máximo legal fijado para el tipo penal.

21 Esta norma también establece un tope legal para el incremento de la pena. En ningún caso la pena concreta puede exceder de treinta y cinco años de pena privativa de la libertad. Esto de conformidad con el artículo 29 del Código Penal.

V. Bibliografía

22 Hurtado Pozo, José / Prado Saldarriaga, Víctor, *Manual de Derecho penal. Parte general.* Tomo II. 4ª edición. Idemsa, Lima, 2011; Pérez Alonso, Esteban, "La regulación de la autoría en el Código Penal peruano. Especial consideración de la coautoría". En: Pariona Arana, Raúl / Pérez Alonso, Esteban (coordinadores), *Teoría del delito. Problemas fundamentales.* Pacífico, Lima, 2015; Satzger, Helmut / Beulke, Werner / Wessels, Johannes, *Derecho penal. Parte general. El delito y su estructura.* Traducción de Raúl Pariona Arana. Pacífico, Lima, 2018.

§ 46-E
Circunstancia general agravante cualificada por abuso de parentesco

María Camila Correa Flórez(*)
Universidad de los Andes
(Colombia)

Sumario

	Nm	P
I. Introducción	1	857
II. La circunstancia general agravante del artículo 46-E	2	858
1. Contexto	2	858
2. Configuración de la circunstancia agravante	5	858
3. Fundamento material	12	860
III. Algunas consideraciones sobre su aplicación	25	862
IV. Conclusiones	41	865
V. Bibliografía	44	865

§ 46-E.- Circunstancia agravante cualificada por abuso de parentesco

"La pena es aumentada hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cuando el agente se haya aprovechado de su calidad de ascendiente o descendiente, natural o adoptivo, padrastro o madrastra, cónyuge o conviviente de la víctima. En este caso, la pena privativa de libertad no puede exceder los treinta y cinco años, salvo que el delito se encuentre reprimido con pena privativa de libertad indeterminada, en cuyo caso se aplica esta última.

La agravante prevista en el primer párrafo es inaplicable cuando esté establecida como tal en la ley penal".

I. Introducción

A lo largo de las siguientes páginas se realizará un análisis de la circunstancia general agravante cualificada por abuso de parentesco contenida en el artículo 46-E del Código Penal peruano (en adelante, CPper.). Para ello, en primer lugar se explicará la mencionada circunstancia dando un contexto de 1

(*) Abogada con opción en Literatura de la Universidad de los Andes, Bogotá - Colombia. Maestría en Derecho de la Unión Europea de la Universidad Autónoma de Madrid - España y Maestría en Derecho Penal de la Universidad de Sevilla - España. Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Profesora de cátedra de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Investigadora asociada del Grupo de Investigaciones en Derecho penal y Justicia Transicional "Cesare Beccaria" de la Universidad de los Andes. Profesional especializada de la Sala de Amnistía o Indulto de la Jurisdicción Especial para la Paz - JEP. (ma-corr1@uniandes.edu.co).

su creación, su configuración y su fundamento material (*infra* II); luego de ello, se realizarán unas consideraciones críticas sobre su aplicación (*infra* III). Para finalizar, se arrojarán algunas conclusiones (*infra* IV).

II. La circunstancia general agravante del artículo 46-E

1. Contexto

2 Esta circunstancia general de agravación fue introducida por la Ley N° 30364, del 23 de noviembre de 2015, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, cuyo objetivo principal es "prevenir, erradicar y sancionar toda forma de violencia producida en el ámbito público o privado contra las mujeres por su condición de tales, y contra los integrantes del grupo familiar; en especial, cuando se encuentran en situación de vulnerabilidad, por la edad o situación física como las niñas, niños, adolescentes, personas adultas mayores y personas con discapacidad" (Art. 1).

3 Es evidente que la circunstancia de agravación estudiada pretende sancionar, con más pena, situaciones en las que los sujetos pasivos de las diferentes conductas a las que se le puede aplicar, sean los anteriormente listados. También es evidente que surge con la finalidad de castigar más severamente la violencia de género, que tiene lugar en los ámbitos público y privado.

4 Sumado a lo anterior, la circunstancia consagrada en el artículo 46-E del CPper. es claramente una agravante clásica de parentesco.

2. Configuración de la circunstancia agravante

5 Esta circunstancia general agravante se configurará cuando el sujeto activo de cualquier tipo de conducta punible consagrada en el CPper. (que no contemple una agravación específica de aprovechamiento del vínculo parentesco) realiza la conducta aprovechándose de su relación de parentesco con el sujeto pasivo.

6 Por parentesco se hace referencia a "las relaciones tradicionalmente incluidas en el Derecho de familia: matrimonio, relación de consanguinidad, afinidad, tutela, adopción. La procreación (en el caso de las relaciones de consanguinidad), o la creación de un vínculo jurídico por la voluntad de las partes

(matrimonio, afinidad o adopción)"[1]. El parentesco, como ha quedado establecido, hace referencia a las relaciones en las que se fundamenta la familia[2].

Aprovecharse consiste en "sacar provecho de algo o de alguien, generalmente con astucia o abuso"[3]. En el caso de la circunstancia agravante contenida en el artículo 46-E CPper, el aprovechamiento se da de la propia relación de parentesco. Es decir, una persona se aprovecha de que es, por ejemplo, el padre o la madre de otra, para realizar una conducta punible en contra de esta. 7

El hecho de que la norma establezca que debe haber un aprovechamiento hace pensar que debe tratar de una especie de abuso de confianza. Es decir, ese aprovechamiento, en casos de parentesco, normalmente equivale a aprovecharse de la confianza que existe entre las personas, precisamente por la existencia de ese vínculo. 8

Tradicionalmente se ha establecido que para que se pueda aplicar una circunstancia de mayor pena fundada en el parentesco entre los sujetos activos y pasivos del delito, debe haber un relación clara de parentesco y existir afecto[4]. Sin embargo, muchas agravantes de parentesco consagrados en diferentes legislaciones[5] incluyen como sujetos pasivos a las exparejas, con quienes –evidentemente– ya no existe el vínculo de parentesco. Por ello, se dice que este primer requisito no parece ser necesario para la concurrencia y, por ende, para la aplicación de este tipo de agravantes. Ahora bien, respecto al segundo requisito (afecto), se ha dicho que tampoco parece necesario, ya que si, en ocasiones no se requiere que exista el parentesco como tal, no parece lógico exigir que, además, exista una relación de afecto entre los sujetos[6]. De allí que no parezca lógico afirmar que el fundamento de estas agravantes sean los lazos afectivos de parentesco que unen a los sujetos involucrados. 9

(1) Iñigo Corroza, E., "Fundamento del efecto modificador de la responsabilidad penal de la relación de parentesco. Algunos criterios para atenuar, agravar o eximir de pena en caso de concurrencia de esta circunstancia". En: *InDret* Nº 4, p. 4.

(2) Sea este el momento de aclarar que mi concepción de familia no es solo la **tradicional** que hace referencia a padre, madre hijos e hijas, sino que incluyo en este concepto las familias compuestas por parejas del mismo sexo y las familias monoparentales.

(3) Diccionario de la Real Academia de la Lengua española. Acepción 6 de la palabra "aprovecharse".

(4) Mendoza Buergo, B., "Circunstancia mixta de parentesco". En: Molina Fernández, F. (coordinador), *Memento práctico*, nm 4756, p. 495.

(5) Ver, por ejemplo, el artículo 23 del Código Penal español. Aunque se trata de una circunstancia mixta, es útil para ilustrar el asunto.

(6) Iñigo Corroza, E., "Fundamento del efecto modificador de la responsabilidad penal de la relación de parentesco. Algunos criterios para atenuar, agravar o eximir de pena en caso de concurrencia de esta circunstancia". *Op. Cit.*, p. 9.

10 No obstante lo anterior, la circunstancia agravante de la legislación peruana no abarca a las exparejas como sujetos activos y pasivos. Por tanto, parece lógico afirmar que para la configuración del artículo 46-E sí se requiere que exista una relación de parentesco. Sumado a ello, al tratarse de una agravante por aprovechamiento, que debe entenderse en el sentido antes explicado, parece necesario que exista también ese vínculo de afecto y/o de confianza, para que se pueda aplicar la circunstancia agravante.

11 Por otra parte, se trata de una circunstancia de agravación general que, como ya se dijo, aplica solo cuando la infracción penal cometida no establece una circunstancia de agravación especial por las mismas razones.

3. Fundamento material

12 El fundamento material de una circunstancia agravante hace referencia a la razón por la que algunas situaciones ameritan mayor pena de la contemplada para el delito. En otras palabras, el sustento sobre el que reposa la mayor pena cuando, por ejemplo, concurre determinada circunstancia de agravación.

13 Así, la doctrina ha entendido que, en general, estos fundamentos pueden ser de dos tipos: a) un mayor desvalor de acción; y b) un mayor desvalor de resultado(7).

14 Por desvalor de acción se entiende aquel que "se presenta en términos de desaprobación que recae sobre una conducta entendida como unidad final-causal de sentido, esto es como suma de elementos objetivos y subjetivos"(8). La desvaloración de la acción se realiza de manera *ex ante*(9) y lo que se sanciona es la forma en la que se cometió la conducta. En algunos casos, se sanciona, con mayor severidad, lo que STRATENWERTH llama "las modalidades de la acción"(10), es decir, las formas objetivas de su comisión (desvalor de acción objetivo) y en otras se sancionan las finalidades del autor (desvalor de acción subjetivo), sin perjuicio de que puedan concurrir.

15 Como resulta evidente, este desvalor de acción (bien sea objetivo o subjetivo) se debe analizar con respecto a la tipicidad de la conducta.

(7) Sin perjuicio de que existan también el desvalor de exigibilidad y las razones de política criminal como fundamento de los diferentes agravantes. Al respecto ver: POSADA MAYA, R., *Delitos contra la vida y la integridad personal. Del homicidio, el genocidio y otras infracciones.* Tomo I, p. 54.

(8) HUERTA TOLCIDO, S., *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, p. 33.

(9) Al respecto ver: MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Antijuridicidad y sistema del delito*, p. 374.

(10) STRATENWERTH, G., *Desvalor de acción y desvalor de resultado en Derecho penal*, p. 26.

Las agravantes o circunstancias de mayor punición se fundamentan, entonces, en un mayor desvalor de acción objetiva cuando lo que se sanciona es, por ejemplo, el hecho de aprovecharse de una situación de indefensión o inferioridad del sujeto pasivo para la comisión de la conducta (alevosía), como la consagrada en el artículo 108.3 CPper., respecto al homicidio. Mientras que habrá un mayor desvalor de acción objetiva cuando la circunstancia agravante consagra una finalidad específica con la que se realiza la conducta, como lo es la estipulada en el mismo artículo 108, en su numeral 1: "Por ferocidad, por lucro o placer". En este caso, la intención del sujeto activo es más reprochable y no queda cubierta por el dolo de matar propio del tipo penal de homicidio. 16

Ahora bien, el desvalor de resultado es aquel que fundamenta una sanción más severa en los casos en que el "efecto de la conducta en el orden social"(11) resulta mayor. En otras palabras, se trata de sancionar con mayor pena las situaciones en las que la afectación o puesta en peligro al bien jurídico se incrementa o se afectan o ponen en peligro varios bienes jurídicos. 17

Este desvalor de resultado se analiza de manera *ex post* y está íntimamente ligado con la configuración de la antijuridicidad material de la conducta. 18

Así, en los casos de las circunstancias de agravación, aquellas cuya mayor punibilidad se fundamenta en un mayor desvalor de resultado, hay, o una mayor afectación al bien jurídico que, como es evidente, no está cubierta por el injusto respectivo, o se afectan, con la propia conducta, más bienes jurídicos que el protegido por la misma. 19

Este es el caso, por ejemplo, del numeral 4 del artículo 108 CPper, que establece que habrá un homicidio calificado (con mayor pena frente al simple contenido en el artículo 106) cuando la conducta se cometa utilizando fuego u otro medio que ponga en peligro la vida o salud de las personas. En este caso se sanciona también la modalidad comisiva, pero además, la puesta en peligro de otros bienes jurídicos. 20

Con lo anterior en mente, se puede afirmar que la circunstancia de agravación analizada se fundamenta, en primer lugar, en un mayor desvalor de acción objetivo. Lo anterior porque, como se explicó previamente, se debe cometer a través del aprovechamiento de la relación de parentesco que hay entre la víctima y el agresor. Este aprovechamiento se constituye como esa forma objetiva de realización de la conducta que, además, facilita su comisión. 21

(11) Ídem.

22 De ello se desprende que lo que se sanciona cuando se aplica el artículo 46-E es precisamente ese aprovechamiento.

23 Ahora bien, en segundo lugar, el hecho de que la conducta punible recaiga sobre un miembro de la familia podría generar la idea de que se vulnera también el bien jurídico familia, entendido en el sentido antes explicado, es decir, esas relaciones de parentesco que cohesionan y fundamentan la sociedad. Es por ello que pareciera lógico afirmar que la circunstancia agravante también se fundamenta en un mayor desvalor de resultado. Sin embargo, lo que realmente sanciona el artículo 46-E es la forma de comisión de la conducta (que se realice por medio de un aprovechamiento), no el hecho de que recaiga sobre una persona del núcleo familiar.

24 Así, de la propia redacción del agravante no parece entonces viable extraer que sanciona con mayor pena las agresiones que se dan en el ámbito doméstico[12].

III. Algunas consideraciones sobre su aplicación

25 En primer lugar, es importante aclarar que para que se pueda aplicar la circunstancia analizada, el sujeto activo debe tener conocimiento de la relación de parentesco que lo une con la víctima. Y debe tenerlo porque la pena se agrava no por el mero hecho de la existencia de la relación, sino precisamente por ese aprovechamiento a través del cual se realiza la conducta. No parece lógico, entonces, que la persona se aproveche de la relación de parentesco sin tener conocimiento de esta.

26 Se podría dar un error de tipo si la circunstancia agravante sancionara con más pena aquellas conductas realizadas sobre la persona del ascendiente o descendiente, natural o adoptivo, padrastro o madrastra, cónyuge o conviviente de la víctima, sin requerir para su configuración la modalidad comisiva del aprovechamiento. Este sería el conocido caso de Edipo que, sin saber, asesinó a su padre. Sin embargo, como este no es el caso, no parece posible una hipótesis en la que se configure el error del tipo.

27 Ahora bien, en segundo lugar, es importante regresar al hecho de que la circunstancia no aplica cuando el propio tipo penal consagra una circunstancia especial de agravación por los mismo motivos o cuando es el propio tipo penal el que sanciona la conducta contenida en el artículo 46-E.

(12) Sobre esto se volverá más adelante.

En un primer momento se podría pensar que es este el caso del parricidio (Art. 107 CPper.). Sin embargo, a mi juicio, parece posible aplicar el tipo penal de parricidio y agravarlo por el artículo 46-E, sin que haya una violación al principio de *nen bis in idem.* 28

El tipo penal de parricidio establece lo siguiente: 29

"El que, a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a su cónyuge o concubino, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años". 30

Ello quiere decir que para su configuración se requiere: a) que el sujeto activo tenga una relación de parentesco con la víctima; b) que la mate; y c) que el sujeto activo conozca la existencia de dicha relación. Sin embargo, el tipo penal no exige una modalidad comisiva en específico, lo que lo hace un tipo penal abierto, es decir, que se puede cometer de cualquier forma, siempre y cuando se configure la exigencia subjetiva. 31

La situación hipotética en la que el sujeto pasivo se aproveche de la confianza que genera la relación de parentesco de la víctima con el victimario para matar a la primera no parece estar sancionada por el parricidio. En estos casos podría pensarse en agravar este delito por la circunstancia genérica del artículo 46-E. Ello porque esta circunstancia genérica no sanciona el hecho de atentar contra un pariente, sino el hecho de aprovecharse de la relación de parentesco para realizar dicho atentado. 32

Así, en términos del ejemplo propuesto, a través del artículo 107 CPper, se sancionaría el hecho de matar al pariente, es decir, ese mayor desvalor de resultado por afectarse, además de la vida, el bien jurídico familia; y a través de la agravante se sancionaría entonces, la modalidad comisiva (mayor desvalor de acción objetiva) de aprovechamiento de la relación de parentesco existente. Como es evidente, se están penando dos cosas diferentes. 33

En este punto es importante poner de relieve como, no parece que la agravante realmente sanciones lo que pretendía sancionar, esto es, la violencia que se da en el ámbito doméstico. 34

Y al hilo de lo anterior, parece necesario poner de manifiesto que, por lo mismo, la circunstancia contenida en el artículo 46-E CPper. tampoco sanciona las situaciones de violencia contra la mujer, que, según la "Exposición de motivos" de la Ley N° 30364, del 23 de noviembre de 2015, pretende sancionar. 35

36 Si bien es cierto que la introducción de este artículo es solo una de las modificaciones que realiza la mencionada ley a la legislación penal peruana, también es cierto que lo hace en el marco de una prevención y sanción de la violencia de esta índole. De ello se desprende que haya sido introducida, valga la redundancia, como una manera más de sancionarla.

37 No obstante lo anterior, la violencia contra la mujer debe ser entendida como "una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de la mujer de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre"(13). Al ser una forma de discriminación, implica que su comisión tiene un móvil de esa índole y se constituye, además, contra un atentado contra la dignidad humana(14). En este caso se trata de reafirmar los estereotipos o concepciones generados por la propia estructura social patriarcal. La violencia que se ejerce contra la mujer, por su condición de mujer, busca entonces recordarle a la mujer el lugar inferior en el que se encuentra, con respecto al hombre, o castigarla por no ser el tipo de mujer que *debe* ser, a la luz de la mencionada estructura social(15). Así las cosas, esta violencia se constituye como una violencia jerárquica, que es "aquella que se ejerce, y puede ser mortal, para recordar al otro su condición de subordinación o inferioridad, para dar una lección sobre el lugar que este otro debe ocupar"(16).

38 Y ese móvil que guía la violencia contra la mujer no es nada diferente a un elemento subjetivo diferente al dolo de las diferentes conductas típicas, que no se encuentra sancionado por el agravante consagrado en el artículo 46-E CPper.

39 Sumado a lo anterior, previamente se dijo que cuando se dan situaciones de violencia contra la mujer también se da un atentado contra la dignidad humana, porque se está en sede de una forma de discriminación. Este mayor desvalor de resultado, entendido como la afectación a la dignidad humana (valor superior, consagrado en el artículo 1 de la Constitución Política del Perú), tampoco se ve sancionado a través de la circunstancia analizada, toda ves que, de nuevo, lo que sanciona es una modalidad comisiva objetiva.

(13) Recomendación general N° 19 del Comité de la CEDAW del 29 de enero de 1992.

(14) CEDAW. Preámbulo. "(...) la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana (...)".

(15) Al respecto ver: Correa Flórez, M., "La violencia contra las mujeres en la legislación penal colombiana". En: *Revista Nuevo Foro Penal* N° 90, pp. 13-19.

(16) Gómez, M., "Violencia por prejuicio". En: Motta, C. y Sáez, M. (editores), *La mirada de los jueces. Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana*. Tomo 2, p. 90.

Adicionalmente, el agravante no lista a las exparejas como posibles agresoras que se aprovechan de la relación que existió entre ellas, por lo que se dejan fuera las situaciones de violencia contra la mujer en las que el sujeto activo es una persona con la que tuvieron una relación sentimental previa; situaciones que parecen ser cada día más frecuentes y que también son entendidas como violencia perpetuada en el ámbito privado[17]. 40

IV. Conclusiones

Así las cosas, se puede concluir, en primer lugar, que lo que fundamenta la mayor punibilidad de una conducta cuando concurra la circunstancia consagrada en el artículo 46-E CPper. es un mayor desvalor de acción objetivo basado en el aprovechamiento de la relación de parentesco, por parte del agresor, que existe entre este y la víctima. 41

De ello se deriva, en segundo lugar, que no se trata de una agravante de parentesco clásica, porque no protege el bien jurídico familia, al sancionar solamente una modalidad comisiva, dejando de lado los sujetos sobre los que recae la conducta. En la misma línea, se puede afirmar que se trata de una circunstancia de agravación por el parentesco sui géneris porque parece que para su configuración se requiere la existencia del vínculo de afecto o confianza, que otras agravantes similares parecen no exigir. 42

Por otra parte, no parece que la circunstancia sancione realmente lo que pretendía sancionar con su creación, esto es, la violencia en el ámbito doméstico en general, y la que se da contra las mujeres en este ámbito en particular. 43

V. Bibliografía

CORREA FLÓREZ, María Camila, "La violencia contra las mujeres en la legislación penal colombiana". En: *Revista Nuevo Foro Penal* N° 90, Vol. 14, enero-junio 2018; GÓMEZ, María Mercedes, "Violencia por prejuicio". En: Cristina MOTTA y Macarena SÁEZ (editores), *La mirada de los jueces. Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana.* Tomo 2. Siglo del Hombre, Bogotá, 2008; HUERTA TOLCIDO, Susana, *Sobre el contenido de la antijuridicidad.* Tecnos, Madrid, 1994; 44

(17) Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer Convención de Belém do Pará. Artículo 2: "Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual (...)".

IÑIGO CORROZA, Elena, "Fundamento del efecto modificador de la responsabilidad penal de la relación de parentesco. Algunos criterios para atenuar, agravar o eximir de pena en caso de concurrencia de esta circunstancia". En: *InDret* Nº 4, 2011; MENDOZA BUERGO, Blanca, "Circunstancia mixta de parentesco". En: MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando (coordinador), *Memento práctico.* Francis Lefebvre, Madrid, 2016; MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Antijuridicidad y sistema del delito.* Bosh, Barcelona, 2001; POSADA MAYA, Ricardo, *Delitos contra la vida y la integridad personal. Del homicidio, el genocidio y otras infracciones.* Tomo I. Ibañez - Ediciones Uniandes, Bogotá, 2015; STRATENWERTH, Günter, *Desvalor de acción y desvalor de resultado en Derecho penal.* Traducción de M. SANCINETTI y P. ZIFFER. Hammurabi, Buenos Aires, 2006.

ÍNDICE GENERAL

Índice general

Comentaristas 5
Presentación 7
Abreviaturas / Abkürzungen 11

TÍTULO II
DEL HECHO PUNIBLE

(...)

CAPÍTULO III
CAUSAS QUE EXIMEN O ATENÚAN LA RESPONSABILIDAD PENAL

§ 20.1
Exención de responsabilidad penal por anomalía psíquica

Merly Edquén Olivera
Abogada en Derecho penal
(Perú)

I. Consideraciones generales 19
II. La inimputabilidad como exención de responsabilidad penal 20
1. Por anomalía psíquica y graves alteraciones de la conciencia 23
2. Por anomalías en la percepción 27
III. Postura personal 28
IV. Bibliografía 30

§ 20.2
Inimputabilidad penal por minoría de edad

Concepción Carmona Salgado
Universidad de Granada
(España)

I. Fundamento de la eximente de minoría de edad con especial consideración al artículo 20.2 del CP peruano 31
II. Tratamiento específico de los menores infractores en el Código peruano de Niños y Adolescentes 40
1. Aspectos sustantivos de esa regulación jurídica: las medidas socioeducativas y sus criterios de aplicación 40
2. Aspectos procedimentales de la investigación y el juzgamiento de los adolescentes infractores 57
III. Bibliografía 60

§ 20.3
Legítima defensa

Roger Yon Ruesta / Susan Gamarra Blondet
(Perú)

I. Introducción 64
II. Ubicación de las causas de justificación en la teoría del delito 66
1. Teoría tripartita 67
2. Teoría bipartita 69
3. Teoría de los elementos negativos del tipo 70
a) Tipos abiertos 72
b) Elementos especiales de la antijuricidad 73
4. Una nueva manera de ver la teoría del delito 74
III. Fundamento de la legítima defensa 80
1. Principio de protección 82
2. Principio de defensa del orden jurídico 82
3. El planteamiento de Jakobs 83
IV. La legítima defensa en el Código Penal 84
V. Elementos objetivos de la legítima defensa 86
1. Presupuesto: agresión ilegítima 87
2. Requisito: necesidad racional del medio empleado 95

3. Falta de provocación suficiente 97
VI. Elementos subjetivos de la legítima defensa 98
VII. La legítima defensa en el marco del Derecho penal económico 100
VIII. Estado de necesidad defensivo 103
IX. Bibliografía 104

§ 20.4
Estado de necesidad justificante

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

I. Introducción 108
II. Fundamento teórico 108
III. Clases de estado de necesidad justificante 109
1. Estado de necesidad agresivo 111
2. Estado de necesidad defensivo 111
3. Estado de necesidad coactivo 112
IV. Estructura del estado de necesidad justificante 113
1. Situación de necesidad (*Notstandslage*) 114
1.1. Actualidad del peligro 114
2. Conducta necesaria salvadora (*Notstandshandlung*) 116
2.1. Reglas que rigen la conducta necesaria en el estado de necesidad agresivo 117
2.2. Reglas que rigen la conducta necesaria en el estado de necesidad defensivo 120
2.3. Reglas que rigen la conducta necesaria en el estado de necesidad coactivo 121
V. Requisitos del estado de necesidad justificante 122
1. Primer requisito: predominancia del bien jurídico salvaguardado sobre el interés lesionado 122
1.1. Predominancia del bien jurídico salvaguardado en virtud de la ponderación de la importancia de los bienes jurídicos en conflicto 123
a) Primera situación de ponderación de intereses 124
b) Segunda situación de ponderación de intereses 126

c) Tercera situación de ponderación de intereses 126
d) Cuarta situación de ponderación de intereses 127
1.2. Predominancia del bien jurídico salvaguardado en virtud de la ponderación de la competencia o incompetencia de deberes especiales de sacrificio por parte del sujeto necesitado 127
2. Segundo requisito: empleo del medio adecuado para vencer el peligro 130
3. Tercer requisito: no provocación de la situación de necesidad por el sujeto que realiza la acción típica de salvaguarda 131
VI. Estado de necesidad putativo 134
VII. Bienes o intereses jurídicos susceptibles de preservación mediante estado de necesidad justificante 136
VIII. Bibliografía 137

§ 20.5
Estado de necesidad exculpante

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

I. Introducción 139
II. Concepto 140
III. Fundamento 142
IV. Elementos estructurales 143
1. Existencia de un peligro actual 144
2. Imposibilidad de evitar el peligro de otro modo 145
V. Requisitos 146
1. Requisitos objetivos 146
1.1. Bienes jurídicos protegidos en el Estado de necesidad exculpante 147
1.2. Realización de un comportamiento antijurídico 150
1.3. El mal causado no debe ser de mayor entidad que el mal que se busca evitar 151
1.4. Inexistencia de una obligación jurídica de soportar el peligro 152
1.5. El autor no debe haber causado la situación de peligro 154
2. Elementos subjetivos 155
V. Otras cuestiones del estado de necesidad exculpante 157
VI. Bibliografía 158

§ 20.6 Fuerza física irresistible

David Rosales Artica
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Perú)

I. Aspectos generales 161
II. Los conceptos de acción 163
1. Los planteamientos ontológicos 163
1.1. El concepto causal de acción 163
1.2. El concepto finalista de acción 167
2. Los planteamientos normativos 169
2.1. El concepto de acción de los penalistas hegelianos alemanes. 169
2.2. El concepto social de acción 170
2.3. El concepto negativo de acción 172
2.4. El concepto personal de acción 173
2.5. La acción como teoría global del hecho delictivo 175
III. Posición personal 177
IV. La fuerza física irresistible 181
1. Definición, contenido y características de la fuerza física irresistible... 181
1.1. El aspecto cuantitativo de la fuerza 182
1.2. El aspecto cualitativo de la fuerza 182
2. Crítica a la regulación de la fuerza física irresistible en el Derecho positivo 183
V. Bibliografía 184

§ 20.7 Miedo insuperable

César Paredes Vargas
Abogado en Derecho penal
(Perú)

I. Antecedentes 188
II. Planteamiento general y fundamento 188
III. Naturaleza jurídica 190
IV. Requisitos del miedo insuperable 195
1. La existencia del miedo 195

2. El miedo ha de ser además insuperable 196
2.1. La necesidad de actuar inminentemente ante la amenaza de un mal 199
2.2. Creencia de la realidad y seriedad del mal 200
2.3. No causación responsable del peligro 202
2.4. Una cierta entidad del mal 202
2.5. Sujeto pasivo del mal amenazante 203
3. Requisitos de la acción salvadora 204
3.1. Necesidad de defensa 204
3.2. Proporcionalidad 204
3.3. Que no exista obligación de tolerar el peligro 205
4. Mal igual o mayor 205
V. Vacíos y proposiciones de reforma *de lege ferenda* 206
VI. El miedo insuperable y el estado de necesidad como eximentes independientes y dotadas de presupuestos autónomos 207
1. La teoría que niega la posibilidad de diferenciar ambas eximentes: el miedo insuperable como eximente superflua 208
2. Teorías que permiten la delimitación entre ambas eximentes. 208
2.1. La situación motivacional como elemento diferenciador 208
2.2. La teoría que sitúa la diferencia en la distinta procedencia del mal 209
2.3. Las teorías que sitúan diferencia en el criterio utilizado para realizar la ponderación. Especial referencia a la posición de Mir Puig 210
VII. Bibliografía 210

§ 20.8
Cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho

Roxanna Reyes Tello
Notaria pública
(Perú)

I. Introducción 213
II. Fundamento 214
III. Contenido del artículo 20, inciso 8 216
1. Cumplimiento de un deber 216
1.1. Naturaleza jurídica 216

1.2. Requisitos 218
a) Requisitos objetivos 218
b) Requisitos subjetivos 222
2. Ejercicio legítimo de un derecho 222
2.1. Ejercicio legítimo del derecho de corrección 223
2.2. Ejercicio legítimo de la profesión de abogado 226
2.3. Ejercicio legítimo del oficio de médico 227
2.4. Ejercicio legítimo del periodismo 229
IV. Bibliografía 231

§ 20.9
Obrar por orden obligatoria de autoridad competente

Roxanna Reyes Tello
Notaria pública
(Perú)

I. Introducción 233
II. Fundamento 234
III. Naturaleza de la orden obligatoria 236
IV. Requisitos 238
V. Ámbito de aplicación de la obediencia debida 240
VI. *Excursus:* ¿se puede interponer alguna causa de justificación frente a la eximente de obediencia debida? 241
VII. Bibliografía 243

§ 20.10
Consentimiento del titular del bien jurídico lesionado

Madelaine Reyes Gastelú
Abogada en Derecho penal
(Perú)

I. Definición de consentimiento 245
II. Presupuestos del consentimiento válido 247
1. Naturaleza disponible del bien jurídico 247
2. Capacidad jurídico-penal de quien otorga el consentimiento 248
3. Manifestación objetiva del consentimiento 249

4. Competencia del titular del bien jurídico para dar el consentimiento 249
5. Expresión libre del consentimiento 249
6. Momento en que se otorga el consentimiento 249
III. Bienes jurídicos de libre disposición 250
IV. Bibliografía 251

§ 20.11
Especial causa de justificación del personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional

Roxanna Reyes Tello
Notaria pública
(Perú)

I. Introducción 253
II. Análisis *de lege lata* 253
1. Contexto histórico de su formulación 253
2. Naturaleza jurídica y fin 254
3. Requisitos 255
III. Análisis *de lege ferenda* 257
IV. Bibliografía 258

§ 21
Responsabilidad atenuada

Percy Velásquez Delgado
Universidad Andina del Cusco
(Perú)

I. Introducción 259
II. La responsabilidad restringida en los códigos anteriores 261
III. La responsabilidad restringida y las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal 263
IV. El carácter preceptivo o facultativo de la atenuación de la pena por eximente incompleta 265
1. Su tratamiento en España 265
2. Su tratamiento en Perú 267

V. Reducción de la pena dentro del marco penal conminado o por debajo de él 269
VI. Eximente incompleta y aplicación del artículo 46 del Código Penal . 270
VII. Eximentes incompletas y concurrencia de otras atenuantes o agravantes cualificadas 272
1. Concurrencia de eximentes incompletas 272
2. Concurrencia de una eximente incompleta con otra atenuante cualificada 273
3. Concurrencia de una eximente incompleta con una agravante cualificada 273
VIII. Conclusiones 274
IX. Bibliografía 274

§ 22
Responsabilidad penal atenuada por la edad del agente

Concepción Carmona Salgado
Universidad de Granada
(España)

I. Naturaleza y fundamento de la atenuante 277
II. Los denominados jóvenes-adultos como sujetos destinatarios de la misma 278
III. Bibliografía 280

CAPÍTULO IV
AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

§ 23
Autoría mediata

Ulises Hernández Plasencia
Universidad La Laguna/Tenerife
(España)

I. Perspectiva general 285
II. Viabilidad de la autoría mediata en los distintos conceptos de autor . 286
1. Concepto unitario de autor 286
2. Concepto extensivo de autor 287

3. Concepto objetivo-formal de autor 288
4. Concepto finalista de autor 288
5. Concepto de autor según la teoría de la totalidad –*Ganzheitstheorie*–. 290
6. Concepto de autor en función de los criterios de "urgencia" o "perentoriedad" 291
7. Concepto de autor en los delitos imprudentes 291
8. Concepto de autor en los delitos de omisión 292
9. Concepto de autor en los delitos de propia mano 293
10. Concepto de autor en los delitos especiales 294
11. Concepto legal de autor 295
III. Esencia de la autoría mediata 298
1. Sujetos 298
2. Ejecución 298
3. Tentativa 299
4. Instrumentalización 301
IV. El dominio del hecho en la autoría mediata 302
1. El dominio mediante coacción cuando el instrumento no es víctima 302
2. Dominio mediante error cuando el instrumento no es víctima 304
3. Dominio con identidad entre víctima e instrumento 310
4. Aparatos organizados de poder 317
V. Bibliografía 320

§ 23
Coautoría

Esteban Pérez Alonso
Universidad de Granada
(España)

I. Introducción 323
II. Concepciones sobre la autoría 327
III. Las formas de autoría 330
1. La autoría inmediata 331
2. La autoría mediata 331
IV. La coautoría 335
1. Estructura y definición 335
2. Elementos típicos 336

2.1. Tipo objetivo: la ejecución conjunta del hecho 336
2.2. Tipo subjetivo: la decisión conjunta al hecho 339
2.3. Delimitación de la complicidad (primaria)..... 341
V. Bibliografía 344

§ 24
Instigación

María del Carmen Gómez Rivero
Universidad de Sevilla
(España)

I. El fundamento del castigo de la inducción..... 347
II. La tipicidad objetiva de la inducción 351
1. El caso de los inimputables 359
2. Incitaciones a menores de edad penal 361
3. Creación o aprovechamiento de un error 363
3.1. La creación o el aprovechamiento de un error de tipo en el autor..... 363
3.2. La creación o el aprovechamiento de un error de prohibición en el autor..... 364
3.3. El tratamiento de los casos de creación o aprovechamiento por parte del hombre de atrás de un error sobre el sentido de la acción de quien actúa 365
4. El empleo de amenazas o coacciones como forma de hacer surgir una resolución delictiva..... 367
III. El tipo subjetivo de la inducción 369
IV. Bibliografía..... 377

§ 25
Complicidad primaria y secundaria

Carmen López Peregrín
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla
(España)

I. Cuestiones previas..... 379
II. La distinción entre complicidad primaria y complicidad secundaria.. 391
III. La complicidad (primaria o secundaria) psíquica..... 407

IV. Complicidad (primaria o secundaria) y omisión impropia 409
V. Complicidad e imprudencia 411
VI. El problema de los llamados actos neutrales o cotidianos 412
VII. Bibliografía 417

§ 26
Incomunicabilidad en las circunstancias

Miguel Ángel Boldova Pasamar
Universidad de Zaragoza (España)

Nora Giovanna Quinteros Camacho
Doctora por la Universidad de Zaragoza
(España)

I. Introducción 421
II. Las circunstancias en el Derecho penal 422
1. Generalidades 422
2. Naturaleza jurídica 424
3. Función de las circunstancias 425
4. Clasificación de las circunstancias 426
4.1. Según su construcción legisltiva: circunstancias generales y específicas 426
4.2. Según la comunicabilidad entre partícipes y autores: circunstancias personales y materiales 427
III. Autoría y participación, principio de accesoriedad y comunicabilidad de las circunstancias 427
1. Autoría y participación 427
2. Principio de accesoriedad 428
3. Comunicabilidad de las circunstancias 430
IV. Origen del precepto en el Derecho comparado 434
1. Alemania 434
2. Italia 435
3. Brasil 437
4. Colombia 437
5. Argentina 438
6. España 438
V. La comunicabilidad de las circunstancias en el § 26 del Código Penal ... 439

1. Determinación de las circunstancias a que hace referencia 440
2. Sobre la "responsabilidad" 441
3. Operatividad dentro del ámbito de lo injusto 443
4. Operatividad más allá de lo injusto 445
5. Aplicación de la comunicabilidad en los delitos especiales 447
6. El *extraneus* y su participación en los delitos especiales 447
VI. Bibliografía 450

§ 27
Actuar en lugar de otro

Percy García Cavero
Universidad de Piura
(Perú)

I. La finalidad político-criminal del "actuar en lugar de otro" 454
II. El fundamento dogmático del actuar en lugar de otro 461
1. El delito especial como delito de infracción de un deber 462
2. El delito especial como delito de dominio 466
3. Interpretación personal 469
3.1. Los delitos especiales en sentido amplio: la competencia por organización 471
3.2. Los delitos especiales en sentido estricto: la competencia institucional 473
3.3. Conclusión 475
III. La interpretación del artículo 27 del Código Penal 476
1. Los requisitos del actuar en lugar de otro en delitos especiales que se imputan por una competencia por organización 478
1.1. La relación de representación 478
1.2. Actuar como órgano de representación o como socio representante 483
1.3. La realización del tipo penal 487
1.4. Los elementos especiales deben concurrir en la representada 489
2. Los requisitos del actuar en lugar de otro en delitos especiales que se imputan por competencia institucional 491
3. Consecuencia jurídica del actuar en lugar de otro 493
IV. Supuestos especiales de actuaciones en lugar de otro 493
V. Bibliografía 494

TÍTULO III
DE LAS PENAS

CAPÍTULO I
CLASES DE PENA

§ 28
Clases de penas

Madelaine Reyes Gastelú
Abogada en Derecho penal
(Perú)

I. Introducción 501
II. Naturaleza y fines de la pena 502
1. Naturaleza de la pena 502
2. Fines de la pena 503
2.1. Teoría absoluta o retributiva 503
2.2. Teoría de la prevención especial 504
2.3. Teoría de prevención general 505
2.4. Teorías mixtas o unificadoras 506
III. Fines de la pena según el Tribunal Constitucional 507
IV. Las clases de penas previstas en el artículo 28 del Código Penal 511
1. Privativa de libertad 512
2. Restrictivas de libertad 512
3. Limitativas de derechos 512
4. Multa 513
V. Bibliografía 513

Sección I
Pena privativa de libertad

§ 29
Pena privativa de libertad

Madelaine Reyes Gastelú
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Perú)

I. Antecedente legislativo 515

II. Naturaleza de la pena 516
III. Naturaleza y duración de la pena privativa de libertad 518
IV. Bibliografía 521

§ 29-A
Pena de vigilancia electrónica

Diana Milla Vásquez
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Perú)

I. Introducción 524
II. Concepto de vigilancia electrónica personal 524
III. La vigilancia electrónica personal en el marco normativo peruano 526
1. Marco normativo peruano y el plan piloto 526
2. Finalidad 528
3. Naturaleza jurídica 529
4. Requisitos 530
5. Supuestos de improcedencia. Exclusiones 533
6. Modalidades 535
6.1. Vigilancia electrónica personal con restricción al perímetro del domicilio 536
6.2. Vigilancia electrónica personal con tránsito restringido 536
7. Procedimiento para la aplicación de la VEP 536
7.1. Respecto de los procesados 536
7.2. Respecto de los condenados 537
8. Revocatoria 538
IV. Bibliografía 539

Sección II
Penas restrictivas de libertad

§ 30
Penas restrictivas de libertad

Aldo Calcina Hancco
Abogado en Derecho penal
(Perú)

I. Generalidades 541

II. Origen y evolución de las penas restrictivas de libertad 542
III. Concepto y fundamentos de las penas restrictivas de libertad 544
IV. Clases de penas restrictivas de libertad..... 546
1. La expatriación..... 547
2. La expulsión..... 548
V. Conclusiones 549
VI. Bibliografía..... 549

Sección III
Penas limitativas de derechos

§ 31
Clases de penas limitativas de derechos

Nakin Cristian Rojas Montoya
Universidad Nacional de Cajamarca
(Perú)

I. Introducción 551
II. Naturaleza jurídica y *nomen iuris* 552
III. Fundamento criminológico y político-criminal 553
IV. Antecedentes de su regulación legal 557
V. Estado actual de la cuestión..... 560
VI. Conclusión 561
VI. Bibliografía..... 562

§ 32
Aplicación de las penas limitativas de derechos

Nakin Cristian Rojas Montoya
Universidad Nacional de Cajamarca
(Perú)

I. Introducción 563
II. Aplicación de las penas limitativas de derechos 564
1. Aplicación autónoma de las penas limitativas de derechos..... 564
2. Aplicación alternativa de las penas limitativas de derechos..... 565

3. Aplicación sustitutiva de las penas limitativas de derechos cuando la pena sea menor a cuatro años 566
4. La ampliación de las penas limitativas de derechos en la jurisprudencia peruana 568
III. Consideraciones finales 572
IV. Bibliografía 572

§ 33
Duración de las penas limitativas de derechos como penas sustitutivas

Nakin Cristian Rojas Montoya
Universidad Nacional de Cajamarca
(Perú)

I. Generalidades 575
II. Duración de las penas limitativas de derechos como penas sustitutivas .. 577
III. Los presupuestos del contenido de la sentencia condenatoria que impone las penas sustitutivas 578
IV. El procedimiento de la ejecución de la condena de penas sustitutivas 579
V. La aplicación de las penas sustitutivas según el informe del Instituto Nacional Penitenciario peruano 580
VI. Conclusión 580
VII. Bibliografía 581

§ 34
Pena de prestación de servicios a la comunidad

Nakin Cristian Rojas Montoya
Universidad Nacional de Cajamarca
(Perú)

I. Antecedentes normativos 584
1. Antecedentes normativos en el Derecho penal comparado 584
2. Antecedentes normativos en la legislación penal peruana 584
II. Análisis de la pena de prestación de servicios a la comunidad regulada en el artículo 34 CP 585
1. Naturaleza de las instituciones preponderantes donde se cumple la pena de prestación de servicios a la comunidad (inc. 1) 585

2. Naturaleza de las instituciones que, en forma subsidiaria, pueden constituir centros de cumplimiento de la pena de prestación de servicios a la comunidad (inc. 2) 588
3. Criterios para determinar el tipo de servicios a la comunidad que debe brindar el condenado (inc. 3) 589
4. Cumplimiento excepcional de la pena de servicios a la comunidad durante los días hábiles de la semana (inc. 4) 591
5. Extensión de la pena de prestación de servicios a la comunidad (inc. 5) 591
6. Procedimiento de la asignación de los lugares y supervisión del desarrollo de la prestación de servicios 592

III. Postura crítica respecto de la aplicación de la prestación de servicios a la comunidad 592
IV. Conclusiones 594
V. Bibliografía 594

§ 35
La pena de limitación de días libres

Nakin Cristian Rojas Montoya
Universidad Nacional de Cajamarca
(Perú)

I. Generalidades 595
II. Análisis de la pena de limitación de días libres 597
1. Naturaleza y extensión de la ejecución de la pena de limitación de días libres 597
2. Ejecución de la pena de limitación días libres en instituciones privadas (inc. 2) 597
3. Extensión de la pena de limitación de días libres 598
4. Finalidad de las orientaciones y actividades realizadas por el condenado en la ejecución de la limitación de los días libres 599
5. Procedimiento de supervisión y cumplimiento de la pena de limitación de días libres 600

III. Aplicación de la limitación de días libres 600
IV. Recomendación 600
V. Bibliografía 602

§ 36
Pena de inhabilitación

Eduardo Saad-Diniz
Universidad de São Paulo
(Brasil)

I. Finalidad de la pena de inhabilitación 604
II. La proporcionalidad como desafío de legitimación 608
III. Análisis de las penas de inhabilitación reguladas en el CP artículo 36 del Código Penal peruano 615
1. Inciso 1 617
2. Inciso 2 619
3. Inciso 3 620
4. Inciso 4 622
5. Inciso 5 623
6. Inciso 6 624
7. Inciso 7 625
8. Inciso 8 626
9. Inciso 9 627
10. Inciso 10 629
11. Inciso 11 630
12. Inciso 12 631
13. Inciso 13 633
IV. Bibliografía 635

§ 37
Naturaleza principal y accesoria de la pena de inhabilitación

Eduardo Saad-Diniz
Universidad de São Paulo
(Brasil)

I. Comentario 639
II. Bibliografía 645

§ 38 Duración de la inhabilitación como pena principal

Eduardo Saad-Diniz
Universidad de São Paulo
(Brasil)

I. Pena de inhabilitación y problemas de proporcionalidad penal abstracta y concreta 648
II. Tiempo y justificación de la pena 650
III. La inhabilitación perpetua como exceso punitivo 651
IV. Bibliografía 652

§ 39 Inhabilitación como pena accesoria

Eduardo Saad-Diniz
Universidad de São Paulo
(Brasil)

I. Comentario 655

§ 40 Inhabilitación accesoria en los delitos culposos de tránsito

Eduardo Saad-Diniz
Universidad de São Paulo
(Brasil)

I. Generalidades 657
II. Análisis de casos 660
1. Caso Utopía (Perú) 660
2. Caso Indio pataxó (Brasil) 661
3. Caso Muertes y lesiones derivadas de accidente en carrera clandestina de vehículos (Brasil) 661
III. Bibliografía 663

Sección IV
Pena de multa

§ 41
Concepto de pena de multa

Isabel Monserrat Sánchez
Universidad de las Islas Baleares
(España)

I. Introducción 665
II. Concepto, características y naturaleza 666
III. Fines de la pena de multa 667
IV. Desarrollo histórico de la pena de multa 668
V. Argumentos a favor y en contra de la pena de multa: funciones e importancia político-criminal de la pena de multa 669
VI. Sistema de multa 671
1. Origen y evolución 671
2. Fundamento 672
VII. Bibliografía 672

§ 42
Extensión de la pena de multa

Isabel Monserrat Sánchez
Universidad de las Islas Baleares
(España)

I. Introducción 675
II. Determinación de la extensión temporal de la pena de multa 675
III. Bibliografía 677

§ 43
Importe de la pena de multa

Isabel Monserrat Sánchez
Universidad de las Islas Baleares
(España)

I. Introducción 679

II. Criterios de determinación del importe de la pena de multa 680
III. Limitaciones para la determinación del importe de la pena de multa 681
IV. Averiguación de los datos expresión de la capacidad económica del condenado 682
1. ¿Debe hacer el juez un análisis exhaustivo? 682
2. ¿Qué ocurre si el juez carece de datos económicos? 682
3. ¿Qué ocurre si el sujeto carece de rentas, patrimonio o trabajo? ... 684
4. ¿Qué sucede si el condenado a pena de multa no paga? 685
5. Si el condenado no puede pagar, ¿podría pagar un tercero por él? 686
V. Bibliografía 687

§ 44
Plazo de pago de pena de multa

Isabel Monserrat Sánchez
Universidad de las Islas Baleares
(España)

I. Reglas generales que rigen el pago de la pena de multa 689
II. Reglas excepcionales que rigen el pago de la pena de multa: fraccionamiento del pago del importe de la pena de multa 690
III. Bibliografía 690

CAPÍTULO II
APLICACIÓN DE LA PENA

§ 45
Presupuestos para fundamentar y determinar la pena

Fernando Andrade Fernandes
Universidade Estadual Paulista - UNESP
(São Paulo - Brasil)

I. Introducción 693
II. Deber de fundamentación (Art. 45) 705
III. Determinación de la pena (Art. 45) 709
IV. Criterios para fundamentar y determinar la pena (Art. 45) 712

V. Bibliografía 727

§ 45-A
Individualización de la pena

Fernando Andrade Fernandes
Universidade Estadual Paulista - UNESP
(São Paulo-Brasil)

I. Introducción 730
II. Sistema de los tercios (Art. 45-A) 737
III. Responsabilidad y gravedad (Art. 45-A) 744
1. Injusto 748
2. Culpabilidad 750
IV. Bibliografía 758

§ 46
Circunstancias de atenuación y agravación

Fernando Andrade Fernandes
Universidade Estadual Paulista - UNESP
(São Paulo-Brasil)

I. Introducción 762
II. Circunstancias de atenuación (Art. 46, inc. 1) 765
III. Circunstancias de agravación (Art. 46, inc. 2) 773
IV. Razones preventivas 779
V. Modelos de determinación de la pena 784
VI. Bibliografía 810

§ 46-A
Circunstancias agravantes por condición del sujeto activo

Merly Edquén Olivera
Abogada en Derecho penal
(Perú)

I. Introducción 814

II. Fundamentos político-criminales de la agravante específica por condición del sujeto activo 815
III. Circunstancias que modifican el *quantum* de pena aplicable al hecho punible 818
1. Naturaleza de la agravante por condición del sujeto activo 820
IV. Contenido del artículo 46-A que regula una circunstancia agravante por la condición del sujeto activo 821
1. Condiciones del sujeto activo reguladas en el artículo 46-A que lo hacen merecedor de la agravación de la pena 822
1.1. Cuando el sujeto activo es miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público .. 823
1.2. Cuando el sujeto activo ha sido funcionario o servidor público, y aprovecha los conocimientos adquiridos en el ejercicio de su función para cometer el hecho punible 823
1.3. Cuando el sujeto activo, desde un establecimiento penitenciario donde se encuentra privado de su libertad, comete el delito de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, trata de personas, terrorismo, extorsión o secuestro 824
2. Consecuencias jurídicas de la aplicación de la agravante por la condición del sujeto según lo prescrito por el artículo 46-A del Código Penal 825
3. Inaplicación de la agravante por la condición del sujeto y la prohibición del *ne bis in idem* 825
V. Bibliografía 826

§§ 46-B, 46-C
Reincidencia y habitualidad

Jorge Cabrera Guirao
Max-Planck-Institut para Derecho penal extranjero y Derecho penal internacional
Freiburg (Alemania)

I. Introducción 828
II. Problemas generales de legitimación, sistematicidad y eficacia de la agravación de la conducta delictiva reiterada 830
1. La reiteración y habitualidad como elementos agravantes del injusto 831

2. La reiteración y habitualidad como elementos agravantes de la culpabilidad 834
2.1. Agravación de la culpabilidad como consecuencia de la omisión de la advertencia contenida en la sentencia condenatoria 834
2.2. Justificación del agravamiento de la culpabilidad en consideración a los fines de la pena 836
III. Fundamentos legislativos de la reincidencia y la habitualidad en el Código Penal y cuestiones de constitucionalidad 840
1. En cuanto a los fundamentos legislativos de la incorporación de las agravantes calificadas de reincidencia y habitualidad en los artículos 46-B y 46-C del Código Penal 840
2. En cuanto a la constitucionalidad de las normas de reincidencia y habitualidad contenidas en los artículos 46-B y 46-C del Código Penal 841
IV. Configuración y efectos de las agravantes contenidas en los artículos 46-B y 46-C del Código Penal 843
1. La agravante de reincidencia del artículo 46-B del Código Penal. 843
1.1. La configuración de la agravante de reincidencia prevista en el artículo 46-B del Código Penal 843
1.2. La agravación de la pena ordenada por el artículo 46-B del Código Penal y sus límites 845
2. La agravante de habitualidad del artículo 46-C del Código Penal 846
2.1. La configuración de la agravante de habitualidad prevista en el artículo 46-C del Código Penal 846
2.2. La agravación de la pena ordenada por el artículo 46-C del Código Penal y sus límites 846
V. Bibliografía 847

§ 46-D
Uso de menores en la comisión de un delito

Merly Edquén Olivera
Abogada en Derecho penal
(Perú)

I. Introducción 850

II. Fundamentos político-criminales de la agravante por condición del sujeto activo 851
III. Circunstancias establecidas en el artículo 46-D que agravan la pena por uso de menores en la comisión de un delito 852
1. El supuesto de autoría mediata: cuando el sujeto activo instrumentaliza a un menor de edad o a una persona con discapacidad para cometer un delito 853
2. El supuesto de instigación: cuando el sujeto activo tiene una posición privilegiada respecto del menor y se aprovecha de ello para la comisión del delito 854
3. Cuando el menor utilizado en la comisión de un delito sufre lesiones graves, incapacidad permanente o muere 855
IV. Consecuencias jurídicas de la aplicación de la agravante uso de menores en la comisión de un delito según lo prescrito el artículo 46-D del Código Penal 855
V. Bibliografía 856

§ 46-E
Circunstancia general agravante cualificada por abuso de parentesco

María Camila Correa Flórez
Universidad de los Andes
(Colombia)

I. Introducción 857
II. La circunstancia general agravante del artículo 46-E 858
1. Contexto 858
2. Configuración de la circunstancia agravante 858
3. Fundamento material 860
III. Algunas consideraciones sobre su aplicación 862
IV. Conclusiones 865
V. Bibliografía 865

Índice general 869

Este libro se terminó de imprimir
en octubre de 2019, en los talleres gráficos
de Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto N° 201, Surquillo
Central: 242-2281
Lima, Perú